



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ALINE LIMA LINS DE ALBUQUERQUE

**AS VANTAGENS E AS DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

BRASÍLIA-DF
2017

ALINE LIMA LINS DE ALBUQUERQUE

**AS VANTAGENS E AS DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida
Barbosa.

**BRASÍLIA – DF
2017**

ALINE LIMA LINS DE ALBUQUERQUE

**AS VANTAGENS E AS DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida
Barbosa.

Brasília, de de 2017.

Banca Examinadora

Prof. Salomão Almeida Barbosa, MSc.
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus, por sempre me orientar para o melhor caminho.

A toda minha família, por me apoiar e acreditar em mim.

A minha mãe, em especial, pela atenção, dedicação e força que me deu durante toda a minha vida; principalmente no decorrer do curso.

Ao meu orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, que me direcionou durante a preparação deste trabalho, passando-me as orientações adequadas para a consecução.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as vantagens e as desvantagens da terceirização na Administração Pública. Nesse sentido, o capítulo 1 trata a respeito do Direito Administrativo, sua evolução histórica, conceitos, princípios e fontes que norteiam e originam a ideia de terceirização. O capítulo 2 é um complemento do capítulo anterior, mencionando toda a Organização Administrativa Brasileira; Estado, Governo e suas atuações. O capítulo 3 aborda o conteúdo propulsor de todo o tema tratado, no qual menciona e explica o processo da licitação e dos demais contratos administrativos; assim como seus modelos e requisitos. Por fim, o capítulo 4 expõe o principal tema referente à terceirização, seu conceito, vantagens e desvantagens para a Administração Pública, como ponto de reflexão para sabermos se ela atinge suas finalidades e objetivos quando aplicada. Além disso, mostra os cuidados que o administrador público tem de tomar ao realizar tal tipo de contrato para não ensejar em ilicitudes que gerem o dever de indenizar.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Administração Pública. Licitação. Contrato Administrativo. Terceirização. Vantagens e desvantagens.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DIREITO ADMINISTRATIVO	9
1.1 Evolução histórica e influências	9
1.1.1 Direito Francês	9
1.1.2 Direito Alemão	10
1.1.3 Direito Italiano	10
1.1.4 Direito Anglo-americano	10
1.2 Considerações Gerais	11
1.3 Conceito	12
1.4 Princípios	13
1.5 Fontes	17
2 ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA	19
2.1 Estado	19
2.2 Governo	20
2.3 Administração Pública	21
2.4 Entidades	22
2.5 Órgãos Públicos	23
2.6 Função Pública	25
2.7 Agentes Públicos	25
3 LICITAÇÃO	27
3.1 Licitação	27
3.1.1 Conceito	27
3.1.2 Finalidade e objeto	28
3.1.3 Princípios	28
3.1.4 Modalidades	30
3.2 Contrato Administrativo	32
3.2.1 Conceito	32
3.2.2 Classificação	33
3.2.3 Características	35
4 TERCEIRIZAÇÃO	37
4.1 Conceito	37
4.2 Breve histórico	37
4.3 Vantagens e desvantagens	39
4.4 Empresas pública e a terceirização	43
4.5 Projeto de lei da terceirização para todas as atividades	52
CONCLUSÃO	55
ANEXO DO PROJETO DE LEI Nº 4.302 DE 22 DE MARÇO DE 1998	58
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

O tema selecionado para a elaboração deste trabalho é de extrema importância para toda a sociedade, pois nele são analisadas as vantagens e desvantagens da terceirização na Administração Pública. Tem grande relevância, considerando que a terceirização é um assunto muito presente e é uma atividade bastante difundida e praticada entre as organizações. Teve início nas empresas privadas, porém atualmente vem sendo aplicada inclusive na Administração Pública.

A terceirização surgiu para auxiliar algumas empresas no passado e se firmou no tempo e na atualidade, a qual foi sendo utilizada como estratégia, visando a diferenciação entre as organizações. O assunto terceirização é sempre muito discutido em vários fóruns, pois se trata de prática satisfatória para muitas empresas. É regida por possibilidades de ganho financeiro pelas empresas a custo de mão de obra barata e sem vínculo empregatício com o contratado; bem vista pelas empresas e não tão bem acolhida por sindicatos e por uma parte da sociedade, ou seja, considerada como atividade que gera oportunidade para alguns e tira oportunidade de outros.

Ainda assim, essa prática tem trazido agilidade às empresas que precisam atingir um nível de excelência, diante do mercado dinâmico e competitivo existente, que exige que a empresa apresente um diferencial em relação às suas concorrentes, pois, caso contrário, será apenas mais uma no seu seguimento. Essa constante competição permite que sejam disponibilizados ao mercado métodos novos de serviços, oportunidades diferenciadas e empresas com ideias empreendedoras, com um leque de opções e de preços variados para atender a diversidade de clientes, cada vez mais exigentes. Dessa forma, a terceirização tornou-se prática consolidada no mercado.

Mesmo trazendo todos esses benefícios, ressalta-se que, ao realizar essa contratação, o contratante deverá ter cautela para que, no decorrer do contrato, não gere nenhum dos requisitos ensejadores de vínculo empregatício e, conseqüentemente, não incida em uma terceirização ilícita. Deverá ainda fiscalizar as obrigações que a contratada tem com o funcionário, sob pena de responder subsidiariamente por tais deveres, conforme disciplina a Súmula nº 331 do TST.

Além disso, não podemos deixar de apresentar o Projeto de Lei nº 4.302¹, de 24 de março de 1998, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados no dia 22 de abril de 2017. Tal projeto tem como objetivo alterar características primordiais, como permitir que a terceirização seja aplicada para todas as atividades; isto é, não apenas para atividades-meio, mas também para atividades-fim.²

Por ser uma prática bastante utilizada pelas empresas, faz-se necessário o seu estudo pelo direito, a fim de minimizar as irregularidades constantes que causam prejuízos aos terceirizados, bem como criar uma sistematização de normas dentro do ordenamento jurídico que possibilitem um maior controle dessa prática.

A terceirização é um tema que tem proporcionado bastantes discussões e posicionamentos diferentes, visto que pode trazer vantagens e desvantagens às empresas envolvidas. Para a compreensão da terceirização, é necessário percorrer um breve estudo a respeito do Direito Administrativo, da Administração Pública, dos contratos administrativos e da licitação. Cada qual com seus conceitos, princípios, finalidades e atuações; que possibilitam e norteiam um entendimento mais aprofundando e claro.

¹ O inteiro teor do Projeto de Lei nº 4.302 de 22 de março de 2017 está no anexo dessa monografia, p. 58.

² BRASIL. Câmara aprova terceirização para todas as atividades da empresa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/526747-CAMARA-APROVA-TERCEIRIZACAO-PARA-TODAS-AS-ATIVIDADES-DA-EMPRESA.html>>. Acesso em: 11 de jul. de 2017.

1 DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 Evolução histórica e influências

O Direito Administrativo passou a ser reconhecido como autônomo no final do século XVIII e início do século XIX; período em que houve a formação dos Estados modernos, sob o embasamento do Estado de Direito, com base nos princípios da separação dos poderes e da legalidade. Tais princípios têm como objetivo, respectivamente, garantir a proteção dos direitos individuais, tanto na relação entre os indivíduos, quanto na relação entre o cidadão e o Estado; e assegurar o cumprimento do que decorre da lei, em especial o que está disposto na Carta Magna.³

Ressalta-se que a Revolução Francesa e Montesquieu (*Espírito das Leis*, trilogia das funções do Estado, 1869) influenciaram significativamente a autonomia do Direito Administrativo.⁴

1.1.1 Direito Francês

A criação jurisprudencial do Conselho do Estado Francês foi fundamental para se constituir o Direito Administrativo. A importância do princípio da separação de poderes e a falta de credibilidade dos magistrados justificaram o surgimento de uma dualidade de jurisdição, instituindo a jurisdição administrativa paralelamente à jurisdição comum.⁵

De maneira efetiva, após a revolução, os integrantes franceses chegaram de forma mais ampla aos princípios de separação de poderes. Dessa forma, entenderam que, em caso de conflitos de interesses em que a Administração Pública estivesse envolvida, a solução não poderia ser conferida ao Poder Judiciário, pois estaria sujeito a criar subordinação de um Poder ao outro. Tão relevante essa fundamentação, que se estabeleceu na França o contencioso administrativo, o qual deixa claro nos termos da Lei de 16-24 de agosto de 1790, que as atribuições judiciárias são diferentes das administrativas e ficarão sempre

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-2.

⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁵ *Ibidem*, p. 10.

separadas; que os magistrados não poderão intervir nas atribuições administrativas nem convocar isoladamente administradores, considerando as funções por eles exercidas.⁶

O direito francês está entre os precursores com relação à elaboração dos princípios do Direito Administrativo, pois teve a contribuição do Conselho de Estado tanto na origem do direito, quanto nas contínuas interpretações de leis e regulamentos administrativos, mediante fundamentos publicísticos.⁷

1.1.2 Direito Alemão

O Direito Administrativo na Alemanha, diferentemente da França que deu ruptura a um sistema anterior, teve uma evolução histórica não absorvida de forma semelhante por seus Estados, com mudanças de tendências, à medida que se fazia necessária na relação entre o poder público e a comunidade e entre esse poder e o Direito.⁸

O Direito Civil influenciou de forma mais significativa na construção do Direito Administrativo alemão do que no direito francês. Na formatação dessa estrutura, era adotada a forma construtiva, direcionada a formular preceitos essenciais ao Direito Público, sempre seguindo o instituído ao direito privado.⁹

1.1.3 Direito Italiano

O Direito Administrativo italiano corresponde a uma síntese do direito francês e do direito alemão, uma vez que conseguiu utilizar de forma harmoniosa esses dois aspectos diferentes na sua estruturação doutrinária.¹⁰

1.1.4 Direito Anglo-americano

O Direito Administrativo anglo-americano surgiu com intuito de satisfazer as necessidades da sociedade moderna, considerando um Estado mais atuante social

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

⁷ Ibidem, p. 11.

⁸ Ibidem, p. 14.

⁹ Ibidem, p. 15.

¹⁰ Ibidem, p. 16-17.

e economicamente, em que era requerida a ampliação de sua estrutura administrativa, bem como a elaboração de regras específicas para o seu exercício. Esse direito é vinculado a um sistema que tem como fonte o direito não legislado, isto é, um direito não escrito, que se baseia nas decisões judiciais proferidas nos usos e nos costumes.¹¹

A equidade é outra fonte expressiva que serve de base para as decisões judiciais de fatos, em que não são observados o *common law*. Após tomadas as decisões com base na equidade, elas passam a compor o *common law*, por se tornarem sentenças aplicadas por analogia.¹²

1.2 Considerações gerais

Os conhecimentos gerais do Direito são considerados a base para os diversos temas constantes da Ciência Jurídica. Para discorrer sobre o Direito Administrativo, há de se iniciar por ele, de forma inevitável. Assim, define como sendo o Direito uma junção de determinações de condutas atribuídas pelo Estado à sociedade, que é constituída em princípios de regras destinados à comunidade, visando implementar a Justiça.¹³

Os princípios estruturados em normas legais instituem a ordem jurídica a ser garantida mediante um sistema legal, a existência do Estado e tornar pacífica a realidade de uma comunidade. Com isso, há a necessidade da existência de duas ordens jurídicas: a interna e a internacional. A primeira, constituída pelos princípios definidos em lei, para a sociedade, que estejam válidas em cada Estado; e a segunda, definida e validada mutuamente pelos Estados, visando promover a paz entre as nações e estender aos indivíduos um convívio externo harmônico.¹⁴

O Direito subdivide-se em Direito Público e Direito Privado, de acordo com seu propósito. O Direito Público, no que lhe diz respeito, divide-se ainda em Interno e Externo.

O Direito Público Interno tem como finalidade ordenar, principalmente os interesses da comunidade e do Estado. Ele trata de assuntos relacionados ao comportamento do indivíduo, ou seja, o interesse público é resultante dos interesses

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18.

¹² Ibidem, p. 18-19.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 39.

¹⁴ Ibidem, p. 39-40.

simultâneos dos indivíduos de uma comunidade na condição de parte significativa dessa sociedade ou apenas por ser cidadão. Divide-se em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal ou Criminal, Direito Processual ou Judiciário.

O Direito Público Internacional tem a função de regular a convivência entre os Estados e as práticas individuais no âmbito internacional.

Já o Direito Privado ampara de forma preponderante os interesses individuais e resguarda o convívio salutar entre as pessoas de uma sociedade, visando que essa relação seja positiva tanto entre os indivíduos, quanto entre o cidadão e o Estado.¹⁵

O Direito Público prevalece sobre o Direito Privado, sendo determinado àquele a supremacia com relação ao interesse de uma sociedade. O Poder Público se situa em posição soberana e de controle, com relação aos particulares, em condição imprescindível para assegurar convenientemente os interesses da comunidade.¹⁶

Esses privilégios possibilitam que, mediante as prerrogativas concedidas pela ordem jurídica, sejam resguardados os interesses públicos, utilizando os órgãos que estão à frente do processo para conduzirem de forma rápida, fácil e adequada as suas funções; que, em várias ocasiões, é confirmada a relação verticalizada entre o Poder Público e o Privado, diferentemente da relação entre os órgãos públicos, em que é mantida entre eles relação de forma horizontal.¹⁷

1.3 Conceito

O Direito Administrativo faz parte da ramificação do Direito Público Interno e é conceituado por vários autores, com definições diversas, que frisam as linhas que prevalecem em suas especificações.

É conceituado, ainda, como sendo o direcionamento efetivo não só dos atos do Poder Executivo, como também do Legislativo e do Judiciário, estes com atuação instrumental paralela.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 40.

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 59.

¹⁷ Ibidem, p. 60-61.

“O conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.”¹⁸

As definições variadas sugerem divergências nas normas que regem os princípios que conceituam o Direito Administrativo no entendimento de cada escola e autor, no que concerne a sua realidade e a sua área de atuação.¹⁹

Logo, a doutrina estrangeira não é qualificada para proporcionar a definição do Direito Administrativo Brasileiro, como observa Barros Jr.:

“Algo diversa, propendendo mais para uma combinação de critérios subjetivos e objetivos do conceito de Administração Pública, como matéria sujeita à regência desse ramo de Direito. Abrangerá, pois, o Direito Administrativo, entre nós, todas as funções exercidas pelas autoridades administrativas de qualquer natureza que sejam; e mais: as atividades que, pela sua natureza e forma de efetivação, possam ser consideradas como tipicamente administrativas.”²⁰

O direito administrativo é fundamental na abordagem de outros temas, tendo em vista que suas fontes e seus princípios fundamentais e norteadores são de extrema relevância durante a condução de determinados procedimentos; como por exemplo, na licitação, na realização de contratos administrativos, bem como na terceirização. Por isso faz-se necessária uma breve análise sobre o presente tema.

1.4 Princípios

Os princípios são mandamentos fundamentais de um sistema, ou seja, fundamentos lógicos do direito que influenciam e orientam todas as estruturas seguintes. Apesar de a aplicação dos princípios não ser absoluta; a não observância de qualquer um deles é extremamente grave, pois pode comprometer o exercício da Administração e gerar a responsabilização desta e dos agentes a ela vinculados. Ressalta-se ainda que não há hierarquia entre os princípios, isto é, eles serão aplicados conforme a necessidade apresentada em cada caso concreto.²¹

Os princípios básicos do Direito Administrativo, que estão presentes no artigo 37, da Constituição Federal, são: princípio da legalidade, da impessoalidade, da

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 42.

¹⁹ Ibidem, p. 43.

²⁰ Ibidem, p. 41.

²¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

moralidade, da publicidade e da eficiência. Além desses, temos outros princípios que adquirem a mesma natureza quando são sancionados de forma expressa pela norma legal. São eles: continuidade dos serviços públicos, indisponibilidade, autotutela, supremacia do interesse público sobre o particular, igualdade, motivação, razoabilidade, hierarquia, presunção de legitimidade ou de veracidade dos atos da Administração, especialidade, segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé.²²

O princípio da legalidade estabelece que a atuação da Administração Pública deverá decorrer sempre de lei, ou seja, a Administração não pode declarar, restringir nem conceder direitos ou impor determinadas obrigações, simplesmente por manifestação unilateral de vontade. Deverá respeitar sempre o preceito de ato normativo ou o que estiver estipulado em lei. Não se pode confundir esse princípio com o da reserva de lei, nem com o da legitimidade, pois aquele restringe a maneira de regulamentação de matérias específicas; e este se refere à investidura no poder. O princípio da legalidade está previsto nos artigos 5º, II e XXXV; 37; e 84, IV, da Constituição Federal.²³

O princípio da impessoalidade está disposto expressamente no artigo 37, § 1º, da Constituição Federal e implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, III, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Tal princípio está diretamente vinculado à finalidade pública, que orienta toda a atividade administrativa na atribuição da atuação de suas entidades, de forma isonômica e imparcial.²⁴

O princípio da moralidade administrativa está presente no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal e no artigo 2º, *caput*, parágrafo único, IV, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Com base nele, a Administração e seus agentes devem atuar de forma ética, leal e com boa-fé.²⁵

O princípio da publicidade regula o dever de dar ampla divulgação dos atos e das atividades realizadas pela Administração Pública a terceiros, com a finalidade de proporcionar o controle e conferir a possibilidade de execução. Esse princípio está previsto no artigo 5º, XXXIII, LX, XXXIV, “a”, da Constituição Federal.²⁶

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 96-97.

²³ *Ibidem*, p. 97.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 97-98.

²⁵ *Ibidem*, p. 94-95.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 105-107.

O princípio da eficiência estabelece que o agente público deve efetuar as suas atividades de maneira rápida, perfeita e de forma a obter o resultado esperado. É o último princípio citado no artigo 37, da Constituição Federal.²⁷

O princípio da continuidade determina que os serviços públicos não podem sofrer paralisações, tendo em vista que as atividades administrativas visam gerir os interesses e as necessidades públicas. Em virtude disso, não se admite a paralisação das funções específicas dos agentes públicos, como a dos militares, a dos serviços essenciais de saúde, a do transporte público, a da segurança pública, entre outros.²⁸

O princípio da indisponibilidade especifica que ao administrador não é dado o livre arbítrio para realizar transações de qualquer natureza sem que esteja previamente expresso na norma legal. Os bens, os princípios, os serviços públicos, os direitos são designados a ele apenas para a sua gestão, e nunca para a sua livre disposição.²⁹

O princípio da autotutela determina que a Administração deve revisar os seus próprios atos administrativos, com a capacidade de revogar os atos que forem considerados inoportunos e anular aqueles que forem ilegais. Esse princípio é orientado nas Súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal.³⁰

O princípio da supremacia do interesse público visa garantir os interesses e as necessidades da coletividade em prol dos interesses do particular. Esse princípio deve ser observado desde a produção da lei até o momento de sua execução. Está disposto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.³¹

O princípio da igualdade está regulado nos artigos 3º, III e IV; 5º, *caput* e I; e 7º, XXX e XXXI, todos da Constituição Federal. Esse princípio estabelece que todos são iguais perante a lei e, por tal motivo, todos deverão receber o mesmo tratamento, sem sofrer nenhuma discriminação.³²

O princípio da motivação está previsto no artigo 93, X, da Constituição Federal e no artigo 50, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Ele determina que a Administração Pública indique os pressupostos de fato e de direito que a

²⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

²⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71.

²⁹ *Ibidem*. p. 72.

³⁰ *Ibidem*. p. 73.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 98-100.

³² GASPARINI, Diógenes. *op.cit.* p. 74.

conduziram a agir de determinado modo. Essa fundamentação é imprescindível para a realização eficaz do controle com relação ao exercício administrativo.³³

O princípio da razoabilidade está previsto no artigo 2º, VI, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Esse princípio dispõe que o agente público não pode exercer suas atividades com base nos seus valores pessoais, devendo atuar da forma mais adequada para atender os interesses e as necessidades da coletividade.³⁴

O princípio da hierarquia atribui uma relação de coordenação e de subordinação entre os órgãos da Administração Pública, em que cada um tem atividades específicas e estabelecidas em lei. Está presente nos artigos 102, § 2º e 103-A, da Constituição Federal.³⁵

O princípio da presunção de legitimidade, de legalidade e de veracidade determina que as decisões da Administração Pública deverão corresponder adequadamente àquilo que está disposto em lei e deverão ser presumidamente verdadeiros quanto aos fatos.³⁶

O princípio da especialidade está expresso no artigo 37, XIX e XX, da Constituição Federal e no artigo 237, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Esse princípio é derivado dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público citados anteriormente. É relativo à noção de descentralização de serviços públicos administrativos, na qual o Estado cria instituições públicas, conhecidas como autarquias, visando o exercício de atribuições especializadas, definidas em lei, quando da sua criação. Mesmo esse princípio sendo usualmente direcionado às autarquias, seu uso também costuma ser direcionado as outras pessoas jurídicas estabelecidas pela lei para compor a Administração Pública Indireta.³⁷

O princípio da segurança jurídica está disposto no artigo 2º, *caput*, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Esse princípio é utilizado para permitir a estabilidade das relações jurídicas, visto que no âmbito administrativo ocorre alteração de interpretação em alguns ordenamentos jurídicos, tendo como

³³ Ibidem. p. 77.

³⁴ Ibidem. p. 78.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 104.

³⁶ Ibidem. p. 102.

³⁷ Ibidem. p. 102-103.

resultado mudanças de orientação, o que afeta circunstâncias consistentes e validadas em termos de normas vigentes anteriores.³⁸

O princípio à confiança teve origem no direito alemão, na década de 1970. No direito brasileiro, esse princípio não tem previsão expressa, mas isso não quer dizer que ele não seja aplicado de maneira implícita. Esse princípio leva em consideração a boa-fé do indivíduo, que confia na licitude dos atos praticados pelo Poder Público, acreditando que esses atos serão sempre resguardados e mantidos pelo Estado.³⁹

O princípio da boa-fé está disposto no artigo 2º, *caput*, parágrafo único, IV, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, combinado com o artigo 4º, II, da mesma lei. Esse princípio também não está previsto expressamente, entretanto ele pode ser aplicado implicitamente, já que decorre dos princípios da moralidade e da probidade administrativa. Compreende dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. O aspecto objetivo está relacionado à conduta leal e justa do indivíduo. Já o aspecto subjetivo abrange à confiança do sujeito que está agindo de forma correta.⁴⁰

1.5 Fontes

Para a sua construção, o Direito Administrativo usa como importante contribuição as quatro fontes: a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes.

A lei, em uma definição mais vasta, é considerada a fonte fundamental para o Direito Administrativo, visto que abrange desde a Constituição até as normas Executivas.⁴¹

A doutrina é responsável pela formação teórica dos conceitos principais que edificam a Ciência Jurídica, à qual pertence o Direito Administrativo.⁴²

A jurisprudência influencia significativamente a formação do direito, considerando a repetição de sentenças dadas em vários processos, numa mesma linha de raciocínio.⁴³

Os costumes influenciam o Direito Administrativo por ser a repetição de hábitos admitidos e validados pela lei. Esses costumes não serão aceitos se contrariarem a lei. Sendo a nossa legislação ainda precária, os costumes ainda

³⁸ Ibidem. p. 118-119.

³⁹ Ibidem. p. 120.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 121-122.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 49.

⁴² Ibidem. p. 49.

⁴³ Ibidem. p. 49.

influenciam na formação do Direito Administrativo, mediante procedimentos usuais que complementam a lei, auxiliando a doutrina com informações.⁴⁴

⁴⁴ Ibidem. p. 50.

2 ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

Importante mencionar a respeito da composição administrativa brasileira, assim como seus conjuntos de órgãos, entidades, agentes que a compõe para uma noção mais aprofundada e detalhada de suas funções, características e forma de atuação, que influenciam na realização dos contratos administrativos e na terceirização.

2.1 Estado

O Estado é soberano com relação ao poder político que afeta um determinado território e sua população. É capaz de adquirir direitos e obrigações na ordem jurídica, visto que o Estado é pessoa jurídica de Direito Público Interno; de acordo com o artigo 41, do Código Civil: “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios[...]”⁴⁵

O Estado é formado por três elementos originários e inseparáveis: o povo, o território e o poder político soberano. O povo é o elemento humano que integra a sociedade; o território é a área física onde está situada essa sociedade; e o governo conduz o Estado, exercendo o seu poder político soberano, para traçar diretrizes e executar a função administrativa.⁴⁶

A realização de todas as atividades administrativas acumuladas em um só centro é impossível, visto a amplitude de atribuições a serem desempenhadas. A distribuição dessas atividades entre agentes e órgãos públicos permite que o Estado ganhe forma real a partir das entidades que o integram, formando, assim, sua estrutura.⁴⁷

De acordo com o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil é composta pela União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, cada qual com funções e competências próprias designadas pela Carta Magna. Cada um desses entes possui autonomia resultantes das capacidades de

⁴⁵ SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 65-66.

⁴⁷ SANTOS, Mauro Sérgio dos. op. cit. p. 15.

auto-organização, autogoverno e autoadministração, regidas por sua Constituição; não existindo relação de hierarquia entre eles.⁴⁸

Na auto-organização, a cada ente federativo é permitido alterar suas constituições e as leis de sua competência; no autogoverno, os entes políticos podem, juntamente com a sociedade, escolher de forma direta seus representantes locais dos Poderes Legislativo e Executivo; já na autoadministração, é consentido aos entes federativos o exercício de suas atribuições administrativas e tributárias, regidas pela Carta Magna.⁴⁹

Com base no artigo 2º da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁵⁰

“A ideia de divisão do Estado em poderes distintos foi concebida por Montesquieu no ano de 1748, por meio da obra *O Espírito das Leis*, e tinha como finalidade buscar o equilíbrio entre as funções do Estado, de modo a evitar a prevalência de um poder sobre o outro, fato este que redundaria no enfraquecimento do Estado e propiciaria, conseqüentemente, o surgimento de novos governos autoritários, que era justamente o que se pretendia combater.”⁵¹

O Poder Legislativo ficou com a atribuição da elaboração de leis; ao Poder Executivo, foi designada a função de administrar o interesse público, cumprindo as leis; e o Poder Judiciário ficou incumbido do exercício jurisdicional.⁵²

As funções desses três poderes em comento, não se confundem com os chamados poderes administrativos, visto que aqueles são o alicerce da administração e estes são os instrumentos da administração. Mesmo com diferentes funções entre os órgãos, sua distribuição não é feita de forma a preservar com rigor o privilégio do desempenho da função designada a cada nome.⁵³

2.2 Governo

⁴⁸ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Coleção Saraiva da legislação. 48.ed. 2013. p. 2.

⁴⁹ SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 16.

⁵⁰ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Coleção Saraiva da legislação. 48.ed. 2013. p. 2.

⁵¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 17.

⁵² Ibidem. p. 29-31.

⁵³ Ibidem. p. 31-32.

O governo tem autonomia política para conduzir os negócios públicos, utilizando o seu poder soberano, o qual atua na política de controle, de iniciativa. Além disso, fixa os objetivos do Estado e a conservação da ordem jurídica em vigor.⁵⁴

O Governo é visto, ainda, como sendo:

“Em sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos. Na verdade, o Governo ora se identifica com os Poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses Poderes e órgãos como manifestação da Soberania.”⁵⁵

2.3 Administração Pública

O termo “Administração Pública”, no âmbito formal, refere-se ao conjunto de órgãos, de pessoas jurídicas e de agentes públicos instituído para exercer a atividade administrativa. No âmbito material, é o conjunto de atribuições adequadas para atender os serviços públicos em sua totalidade.⁵⁶

Pode-se compreender que a Administração Pública é toda a estrutura do Estado direcionada à prestação de serviços, tendo como finalidade o atendimento e a satisfação junto à comunidade, visto que a Administração apresenta como características principais: o dever do exercício, a defesa, a preservação e a melhoria de bens, serviços e interesses comuns.

A Administração tem como função a execução. Ela não se envolve na prática dos atos do Governo com poder operacional em maior ou menor proporção, considerando a competência definida para o órgão envolvido. O Governo apresenta uma atividade política com liberdade para a prática de determinados atos administrativos, em que a conduta é autônoma e procura manter sua responsabilidade política de acordo com a Constituição. Já a Administração pública detém uma atividade imparcial, usualmente relacionada à lei ou à norma técnica, com procedimentos subordinados, na qual sua execução é regida por responsabilidades técnica e legal.⁵⁷

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 68.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 68.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 83.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 68-69.

“A Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo.

[...]

Governo e a Administração, como criação abstratas da Constituição e das leis, atuam por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas), de seus órgãos (centros de decisão) e de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções).⁵⁸

2.4 Entidades

As entidades são entes dotados de personalidade jurídica, os quais apresentam aptidão para obter direitos e assumir obrigações. Já os órgãos públicos não são dotados de personalidade jurídica e têm como atribuição a execução de exercícios da entidade a que faz parte, por meio de seus agentes públicos.⁵⁹

As entidades são classificadas em cinco espécies diferentes. São elas: estatais, autárquicas, fundacionais, empresariais e paraestatais.⁶⁰

As entidades estatais estão inseridas na Administração Direta e são pessoas jurídicas de Direito Público que apresentam autonomia política, administrativa e financeira, como também poderes políticos e administrativos; conforme o disposto no artigo 18 da Constituição Federal.⁶¹

As entidades autárquicas são pessoas jurídicas de Direito Público interno, dotadas de capacidade de autogoverno. Surgem da própria lei sem a necessidade de registro. Além disso, exercem atividades específicas da Administração Pública, e não atividades econômicas. Estão previstas no artigo 37, XIX, da Constituição Federal.⁶²

As entidades fundacionais também são formadas pela própria lei, assim como as autarquias, e fazem parte da Administração Indireta. São pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado, em que a lei deverá indicar os devidos setores de desempenho, de acordo com o disposto no artigo 37, XIX, da Constituição Federal.⁶³

As entidades empresariais são compostas de personalidade jurídica de Direito Privado e fazem parte da Administração Indireta. São estabelecidas por lei e definidas como sociedade de economia mista ou como empresa pública, cujo

⁵⁸ Ibidem. p. 69.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 69-70.

⁶⁰ Ibidem. p. 70.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. loc. cit.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. loc. cit.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. loc. cit..

objetivo é a prestação de serviços públicos ou atividades com perfil econômico, que atendam o interesse da comunidade.⁶⁴

As entidades paraestatais são instituições de Direito Privado que possuem autorização por lei para prestação de serviços e atividades de interesse da coletividade; não existindo exclusividade para com o Estado. Foram regulamentadas para essas entidades paraestatais. Ressalta-se ainda que essas entidades apresentam autonomia financeira e administrativa; sendo caracterizadas como empresa particular, submetendo-se apenas à fiscalização pelo Estado.⁶⁵

2.5 Órgãos Públicos

A atividade administrativa pode ser desenvolvida diretamente tanto pelo Estado, quanto por outras pessoas jurídicas a ela vinculadas ou que compõem a estrutura administrativa da mesma entidade. Quando a atividade administrativa for exercida diretamente pelo Estado, tais atividades serão mantidas centralizadas. Por outro lado, quando forem desenvolvidas por meio de pessoas distintas do Estado, serão realizadas de forma descentralizadas.⁶⁶

É necessária a repartição interna da competência destinada ao Estado entre diversas entidades específicas, para as quais são determinadas as alçadas de competência para resolver as questões que lhes são direcionadas; a chamada desconcentração. É dessa repartição que decorre a criação de órgãos públicos.⁶⁷

Os órgãos públicos são centros de competência que fazem parte de uma entidade estatal e que apresentam funções específicas. Contudo, não são providos de personalidade jurídica própria. A definição legal desses órgãos está presente no artigo 1º, § 2º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.⁶⁸

Os órgãos públicos apresentam diversas classificações, no entanto as classificações mais importantes são aquelas que dizem respeito à estrutura, à composição e às suas funções.⁶⁹

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. loc. cit.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 71.

⁶⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 143.

⁶⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. loc. cit.

⁶⁸ Ibidem. p. 144.

⁶⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 102-103.

Quanto à estrutura, classificam-se em independentes, autônomos, superiores e subalternos. Independentes são aqueles originados da Carta Magna e que não apresentam nenhum tipo de dependência funcional ou hierárquica, ou seja, são dotados de autonomia; conforme expresso no artigo 2º da Constituição Federal. Além disso, representam os três Poderes do Estado e seus exercícios são realizados pelos agentes políticos. Autônomos são aqueles que têm subordinação direta à autoridade dos órgãos independentes e se encontram na alta cúpula de decisões administrativas. Além disso, são dotados de autonomia e exercem atividades relacionadas ao comando, à fiscalização e à administração de todas as suas obrigações. Superiores são aqueles órgãos de coordenação, supervisão e gestão, mas que não possuem independência financeira nem administrativa. Ademais, estão sujeitos à subordinação de autoridades. Subalternos são os que efetuam atividades habituais e não apresentam autonomia, tendo em vista que são subordinados ao controle de órgãos superiores.⁷⁰

Segundo à composição, classificam-se em simples e compostos. Serão simples aqueles que não são internamente subdivididos e que são formados por um único centro de funções. Compostos são os integrados por diversos outros órgãos; alguns responsáveis pelas atribuições essenciais e outros responsáveis por atribuições subsidiárias.⁷¹

De acordo com a função, os órgãos públicos classificam-se em singulares e colegiados. Singulares são os que tomam decisões e que atuam mediante a divulgação por um agente designado efetivo. Colegiados são aqueles incorporados por diversos agentes, isto é, não predomina o interesse individual, e sim o de todos os seus integrantes.⁷²

Essas unidades exercem de forma específica seu trabalho, que é organizado na ordem: convocação, reunião, verificação do quórum e dos vetos, debate, voto e proclamação de resultado. Após a conclusão de uma pauta, o resultado somente poderá ser alterado mediante uma nova avaliação do colegiado, se admissível, por meio da apresentação de recurso ou de ofício. Tais decisões estão sempre relacionadas de maneira efetiva a métodos legais para a sua emissão e licitude.⁷³

⁷⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

⁷¹ Ibidem. p. 104.

⁷² GASPARINI, Diógenes. loc. cit.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 78-79.

2.6 Função Pública

A função pública pode ser versada como a deliberação, seguida de habilidade para a execução de cargo específico, visando o atendimento de interesses coletivos ou da Administração Pública. São considerados servidores públicos os agentes públicos que estão subordinados à Administração Pública, direta e indireta do Estado, mediante regime estatutário permanente, geral ou particular, administrativo especial ou regulado pela CLT.⁷⁴

2.7 Agentes Públicos

Os agentes públicos são todas as pessoas físicas envolvidas de forma efetiva ou temporária na prestação de serviços ao Estado; podendo ser detentoras de funções ou somente executantes de determinadas atribuições.⁷⁵

Essa categoria que desempenha atividades do Estado pode ser classificada em: agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados.⁷⁶

Os políticos são aqueles escolhidos pelo povo por meio de votação. Realizam suas funções com total autonomia, executando as atividades com a distinção e o comprometimento específicos que o cargo exige. Fazem parte do mais alto patamar governamental, posicionados na função mediante eleição, investidura ou indicação para a execução de atribuições constantes na Carta Magna.⁷⁷

Os administrativos são os subordinados à Administração Pública mediante uma relação de emprego ou uma relação profissional. Geralmente são designados ou contratados, por isso não fazem parte do poder Estatal e não configuram seus representantes. Obedecem ao regime hierárquico e jurídico estipulado pela instituição do Estado a que prestam serviço. Além disso, apresentam como espécies os servidores públicos admitidos por concurso, os que desempenham função em comissão e os contratados temporários.⁷⁸

Os honoríficos são aqueles que prestam serviços específicos ao Estado, de maneira provisória, não configurando relação de emprego, geralmente sem fazer jus

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 72-74.

⁷⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 191.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 79.

⁷⁷ Ibidem. p. 80-82.

⁷⁸ Ibidem. p. 83-84.

a verbas salariais, porém subordinados hierarquicamente à entidade a que está prestando serviço.

Os delegados são os indicados a atribuições específicas, em que a realização de determinada atividade será efetivada em seu próprio nome, com a responsabilidade dos encargos e da execução. As atividades serão conduzidas seguindo as regras definidas pelo Estado, mediante constante vistoria. Nesse grupo estão incluídos os leiloeiros, os serventuários de cartório, entre outros.⁷⁹

Os credenciados são os designados pela Administração para representá-la em eventos específicos ou na prática de determinados serviços, por intermédio de pagamento pelo Órgão Público demandante.⁸⁰

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p.85.

⁸⁰ Ibidem. p.86.

3 LICITAÇÃO PÚBLICA

3.1 Licitação

Tema de extrema relevância para compreensão dos procedimentos de realização da terceirização na Administração Pública, que se dá com a observação e a elaboração dos processos da licitação e dos contratos administrativos.

Diferente dos particulares, que têm a liberdade de escolha para comprar, vender, locar bens e contratar para executar obras ou serviços, a Administração Pública precisa seguir previamente determinados procedimentos, pontualmente definidos, em consonância com a lei. Esse procedimento é a licitação.⁸¹

3.1.1 Conceito

É o método administrativo utilizado pelo Poder Público para eleger a proposição que mais traga benefícios na contratação que lhe interessa. São procedimentos adotados em razão de uma sequência de atos baseados rigorosamente na lei, que vincula tanto a Administração, quanto os licitantes, criando condições de igualdade aos interessados. São previstos dois momentos: no primeiro, os licitantes apresentam suas propostas e, no segundo, são avaliadas pela Administração as propostas mais vantajosas.⁸²

O dever de realizar a licitação é estipulado pela Constituição Federal em seu artigo 37, XXI; que surge para todas as instituições administrativas e para todos os indivíduos públicos, ficando a União incumbida de legislar para firmar as normas gerais, conforme disciplinado no artigo 22, XXVII, também da Constituição Federal.⁸³

A ocorrência da licitação visa tornar possível e legítima a contratação realizada pela Administração Pública. Com isso, foi regulamentada a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que pressupõe a prática de um procedimento administrativo para a realização desses contratos. Diante disso, ressalta-se que a necessidade de efetuar a licitação é a regra; porém a exceção é a contratação sem licitação, que é a

⁸¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 536-537.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 307-308.

⁸³ Ibidem. p. 308.

chamada convenção direta.⁸⁴

3.1.2 Finalidade e objeto

A licitação tem como objetivo viabilizar a contratação mais favorável, seguindo os requisitos pré-estabelecidos no dispositivo de convocação, e permitir que cada um que tenha interesse consiga participar das contratações; observando os princípios da igualdade, da isonomia e da equidade.⁸⁵

O objeto da licitação envolve toda a intenção e a finalidade posterior que foram pactuadas no momento da contratação pelas partes envolvidas; isto é, a plena finalidade da Administração Pública ao realizar a contratação.⁸⁶

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seus artigos 1º e 2º, institui normas gerais para licitações e contratos de obra pública e de serviços, de publicidade, de aquisição, de alienações e de locação, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que estabelece a observância de projeto básico, a previsão de recursos orçamentários, a previsão da execução de obras e de serviços contratados em sua totalidade.⁸⁷

3.1.3. Princípios

As licitações serão realizadas e decididas em conformidade com os seguintes princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da adjudicação compulsória, da ampla defesa e da licitação sustentável, conforme disciplina o artigo 37 da Constituição Federal de 1988.⁸⁸

O princípio da legalidade é considerado a base e o direcionamento fundamental dos agentes perante a Administração Pública, em que toda e qualquer atividade administrativa deverá ser respaldada pela lei, sob pena de ser considerada

⁸⁴ Ibidem. p. 308-310.

⁸⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 540-541.

⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 371.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 428.

⁸⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit. p. 550.

ilegal. Esse princípio está respaldado na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seus artigos 4º; 41, § 1º; 101; e 113, § 1º.⁸⁹

O da impessoalidade deixa claro que não pode haver favorecimento ou discriminação despropositadas. Em uma licitação, todos os licitantes devem ser tratados com total imparcialidade, devendo a Administração atender a todos sem preferência ou repulsas pessoais ou partidárias.⁹⁰

No princípio da igualdade, é previsto o dever de tratar com isonomia todos os que participarem da licitação, bem como dar oportunidade de competição a quaisquer interessados. É proibida a existência de preceitos ou situações que possam privar ou limitar o caráter competitivo da licitação. A não obediência a esse princípio representa desvio de poder, o que poderá acarretar o crime disciplinado no artigo 90 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.⁹¹

A publicidade determina que os procedimentos e os termos da licitação sejam divulgados de forma abrangente e com transparência para conhecimento de qualquer pessoa. A licitação não será conduzida em sigilo, pois seus atos estarão disponíveis para consulta ao público, com exceção do teor das propostas apresentadas, que serão conhecidas somente quando ocorrer a abertura do certame. Esse princípio está expresso nos artigos 3º, § 3º; 4º; 15, § 2º; 16; 21; 34, § 1º; 39; 40, VIII; 43, § 1º; e 53, § 4º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.⁹²

A probidade administrativa prevê que a licitação terá de ser conduzida pela Administração, obedecendo rigorosamente à moralidade. Esse princípio é vinculado diretamente à Administração, exigindo respeito e lealdade aos licitantes e no que se refere aos interesses do promovente. Está regulamentado pelos artigos 5º, LXXIII; e 37, § 4º, da Constituição Federal, pelos artigos 89 e 99, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.⁹³

A vinculação ao instrumento convocatório exige da Administração que seja observado e seguido, rigorosamente, o que foi determinado previamente para regular a licitação, conforme consolidado nos artigos 3º; 41; 43, II e V; e 48, I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.⁹⁴

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. p. 419.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 420.

⁹¹ Ibidem. p. 413.

⁹² Ibidem. p.420-421.

⁹³ Ibidem. p. 420.

⁹⁴ Ibidem. p. 421-422.

O Julgamento objetivo, consignado no artigo 45, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, tem como pretensão evitar que o certame seja decidido sem objetividade, influenciado por expectativas ou sentimentos da comissão avaliadora.⁹⁵

A adjudicação compulsória está disciplinada nos artigos 50 e 64, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Estabelece que, após a finalização do procedimento com um vendedor, a Administração estará obrigada a realizar todo o objeto do contrato com esse sujeito; não podendo requerer que a execução desse objeto, já pactuado, seja realizado por outro vendedor.⁹⁶

A ampla defesa está prevista no artigo 87, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Esse princípio ganhou suporte e previsibilidade a partir de diversos julgados que foram surgindo com o passar do tempo. Ele prevê a possibilidade ao sujeito que realizou a contratação o direito de dispor de todos os recursos de defesa e de prova disponíveis, com o objetivo de se defender diante da Administração Pública.⁹⁷

A licitação sustentável, disciplinada nos artigos 170, VI; e 225, § 1º, IV e V da Constituição Federal, viabiliza a disseminação de informação, visando a conscientização da população em relação à preservação do meio ambiente, bem como o manuseio sustentável dos recursos ambientais apresentados.⁹⁸

3.1.4 Modalidades

As modalidades de licitação não se confundem com as espécies de julgamento; isto é, estão relacionadas com os procedimentos que devem ser seguidos pela Administração Pública em virtude das características ou do valor apreciado no contrato.⁹⁹

As modalidades podem ser classificadas em: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, pregão e consulta. As cinco primeiras modalidades estão expressamente estabelecidas no artigo 22, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. O pregão está disciplinado pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Já a

⁹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 557.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 423.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. loc.cit.

⁹⁸ Ibidem. p. 424.

⁹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 328.

consulta está prescrita no artigo 37, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre as licitações praticadas pelas Agências Reguladoras.¹⁰⁰

A concorrência está prenunciada no artigo 22, I, § 1º; e 23, I e II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Ela possibilita que todos os interessados participem da licitação, desde que obedecidos os requisitos essenciais, não permitindo qualquer tratamento distinto entre as empresas participantes; conforme o princípio da isonomia. Além disso, é a modalidade que mais apresenta regras, tendo em vista que são aplicadas no caso de grandes contratações econômicas.¹⁰¹

A tomada de preço está regulada nos artigos 22, II, § 2º; e 23, I e II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. É aplicada, geralmente, em contratos de médio volume e permite a atuação daqueles que já estiverem cadastrados ou que, pelo menos, tiverem realizado as exigências necessárias de cadastro, até três dias antes de iniciar o certame. Os participantes deverão atender as exigências constantes do edital e, conseqüentemente, a partir da efetivação do cadastro, estarão consentindo com as condições impostas.¹⁰²

O convite está disposto no artigo 22, III, § 3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Essa modalidade é atribuída a contratos de valores menores e tem como requisito essencial a participação de, pelo menos, três interessados selecionados pela unidade administrativa. Nessa concorrência, é permitida a participação de licitantes que não foram convidados, mas que façam parte da mesma especialidade e que demonstrem vontade de participar antes de completar 24 horas para o recebimento das propostas. A convocação é feita por carta-convite, com antecedência de cinco dias úteis, motivo pelo qual a lei dispensa a divulgação do edital.¹⁰³

O concurso está estabelecido nos artigos 22, VI, § 4º; 32, § 1º; 51, § 5º; 52, § 1º; e 111, todos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. É a modalidade destinada à seleção de trabalhos intelectuais, por meio do estabelecimento de premiações ou gratificações aos selecionados; de acordo com as regras definidas no edital, que dever se divulgado com a antecedência mínima de quarenta e cinco dias. Diferentemente das outras modalidades citadas anteriormente, essa não submete um valor apreciado no contrato como requisito e autoriza a presença de todos

¹⁰⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 619-620.

¹⁰¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 622.

¹⁰² *Ibidem*. p. 627-630.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 452-453.

aqueles que tiverem interesse em participar do procedimento. Ressalta-se, ainda, que essa modalidade de licitação não deve ser confundida com concurso público, pois aquele é um procedimento destinado à realização de contratos de serviços e este é designado à contratação de agentes públicos na Administração Pública.¹⁰⁴

O leilão está prescrito nos artigos 19, III; 22, § 5º; 32, § 1º; 53, *caput*, § 1º e §2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. É realizado por leiloeiro legítimo e a mercadoria apresentada será arrematada por quem oferecer lance igual ou superior ao avaliado. É a modalidade praticada com a venda dos bens constantes no artigo 22, § 5º: “[...] venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, prevista no art. 19 [...]”.¹⁰⁵

O pregão está previsto na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. É utilizado com o objetivo de obtenção de bens e serviços comuns, os quais terão suas condições especificadas por edital. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, é utilizada de forma subsidiária para a realização das contratações decorrentes dessa modalidade. A regra utilizada, do menor preço, será imprescindível na apreciação da proposta. Essa modalidade se divide em: pregão presencial e eletrônico.¹⁰⁶

A consulta está regulada no artigo 37, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Essa modalidade determina a consecução de bens e contratos de serviços realizados pelas Agências Reguladoras participantes da Administração Pública. Deve respeitar os princípios da publicidade, do sigilo e do julgamento objetivo, como também observar as regulamentações jurídicas. Além disso, é determinado o convite de, pelo menos, cinco pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, de grande habilidade para o fornecimento de propostas relativas a bens ou a serviços especializados.¹⁰⁷

3.2 Contrato Administrativo

3.2.1 Conceito

¹⁰⁴ GASPARINI, Diógenes. op. cit. p. 633-634.

¹⁰⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 634-637.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 637-648.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 424.

O contrato corresponde a um tratado feito entre partes, em que um vínculo é formado e são estipuladas obrigações recíprocas, definidas mediante cláusulas validadas pelas partes.¹⁰⁸

3.2.2 Classificação

Os contratos pactuados pela Administração podem ser: contratos de direito privado e contratos administrativos. Os contratos de direito privado são contratos privados da Administração, os quais são regulados pelas normas do Direito Civil e Empresarial. Podemos citar como exemplos: o contrato de compra e venda, a doação, o comodato, entre outros.¹⁰⁹

Em relação ao contrato administrativo, é todo e qualquer acordo que a Administração firma com órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, para a conquista de propósitos de interesses Públicos, em que fique definido o ajuste de vontade para a formação dessa relação e sejam estipuladas as obrigações recíprocas.¹¹⁰

Os contratos administrativos se dividem em: os tipicamente administrativos e os que têm paralelo no Direito Privado. Aquele, sem vínculo com o Direito Privado, totalmente orientado pelo Direito Público. A título de exemplo, temos a concessão de obra pública. Estes, além de serem regidos pelo Direito Privado, são disciplinados pelo Direito Público, como o empréstimo.¹¹¹

As espécies de contratos supracitadas estão sujeitas à obediência das exigências quanto à forma, aos procedimentos, à competência e às suas finalidades. Isto é, devem ser, em princípio, de forma escrita e excepcionalmente de forma verbal, como está disciplinado no artigo 60, parágrafo único, da lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Tem de ser observados, igualmente, os requisitos de validade e competência, resultantes da lei, cuja finalidade deverá ser sempre pública, sob pena de desvio de poder.¹¹²

O Contrato Administrativo é subordinado à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que se trata de norma geral, de competência da União:

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 238.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 302.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 239-240.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit.

¹¹² Ibidem. p. 303-304.

“Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”¹¹³

Os contratos devem instituir de forma clara e precisa todas as condições necessárias para a sua realização. Não se admite dúvidas, e as obrigações recíprocas são especificadas em cláusulas, em consonância com os termos definidos em licitação e da proposta a qual estejam vinculados.¹¹⁴

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, capítulo V, artigo 10, registra a imprescindibilidade de licitação para que aconteça ajuste entre a iniciativa pública e a privada, de acordo com as regras de concorrência definidas, seguindo ainda os procedimentos e verificando se a formalização da contratação é conveniente.

Existe outra exigência que é a consulta pública. Deve-se divulgar em jornais de grande circulação o motivo da contratação, a identificação do objeto de contrato e as demais especificações, como prazo do contrato, valor, etc., para posterior publicação do edital.¹¹⁵

A Administração Pública utiliza o edital como instrumento para divulgar ao público a instalação de concorrência, de levantamento de preços e de leilão. Nele serão fixados todas as condições para a realização do concurso e a convocação dos interessados, devendo estes serem especificados de forma clara e resumida, para que os participantes entendam o que a Administração tem interesse de contratar.

A referida lei ainda prevê a condição de ser colocada no edital a possibilidade de sanar os defeitos, de complementar os pontos considerados insuficientes e a correção do que for necessário, desde que o licitante atenda as exigências ainda dentro do prazo da convocação.¹¹⁶

¹¹³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Dispõe sobre normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 26 mar. 2017.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 239-240.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 366.

¹¹⁶ Ibidem. p. 368.

3.2.3 Características

O contrato administrativo possui as seguintes características: consensual, formal, oneroso, comutativo e *intuitu personae*. O consensual define que, no contrato administrativo, todos os envolvidos aceitam as condições ali estabelecidas, havendo acordo de vontades, em que as partes concordam com o que foi pactuado em contrato. No caso do formal, todas as condições do contrato serão expressas de forma escrita. No oneroso é especificado que seu pagamento será feito na forma definida em contrato. No comutativo, ficam estabelecidas em contrato as condições favoráveis às partes de forma recíproca e equivalentes. Por fim, no *intuitu personae*, a execução do contrato deve ser feita pelo próprio contratado, em princípio, não sendo permitido que ele seja substituído por outrem, ou que o acordo seja transferido.¹¹⁷

Outra característica própria do contrato administrativo, além das apresentadas anteriormente, é a determinação de prévia licitação, característica de ordem externa, porém indissociável desse tipo de contrato. O poder da administração em definir e impor as cláusulas, com preferência de opinião desde o início de um contrato, é o que o diferencia do contrato privado.¹¹⁸

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existem divergências doutrinárias com argumentações sobre essa supremacia da Administração Pública na condução dos contratos em relação ao particular: “[...] o contrato administrativo não observa o princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções, caracterizadores de todos os contratos [...]”.¹¹⁹

Na visão desses adeptos, é sustentado o fato de a administração se colocar de forma soberana em relação ao particular, suprimindo, assim, a condição de igualdade entre as partes. Quanto à autonomia, tanto a administração, quanto o particular são obrigados a seguir o que está estipulado em contrato, respeitando o que resulta da lei. Logo, não existe nenhum lado com arbítrio para essa condição. Com relação ao princípio da força obrigatória das convenções, afirma-se que este também é menosprezado na elaboração de um contrato administrativo, pois como é

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 240.

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. loc. cit.

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 298.

conduzido de acordo com regulamentos, a Administração se utiliza da autoridade para efetuar alterações unilaterais.¹²⁰

“Essa posição foi adotada, no direito brasileiro, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:684). Segundo ele, as cláusulas regulamentares decorrem do ato unilateral da administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum.”¹²¹

¹²⁰ Ibidem. p. 297-298.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 298.

4. TERCEIRIZAÇÃO

4.1 Conceito

A terceirização visa a contratação de uma empresa especializada para a prestação de serviços específicos em outra empresa. A empresa transfere a responsabilidade de execução desse serviço, em uma relação de parceria com a contratada. Dessa forma, permite que a contratante direcione esforço e dedicação aos negócios relacionados à sua atividade principal, a fim de obter maior desempenho com melhor qualidade nos produtos.

As parceiras são denominadas contratante e contratada. Contratante é a empresa que contrata, define as regras, paga, fiscaliza e recebe o serviço estipulado em contrato. A contratada é a prestadora de serviço que irá executar as atividades para a empresa contratante, obedecendo as regras definidas em contrato.¹²²

4.2. Breve histórico

A técnica de terceirização surgiu logo após o início da II Guerra Mundial, nos Estados Unidos, visto que as indústrias bélicas tinham que se concentrar na produção de armamentos para defesa e passaram, então, a delegar outras atividades correlatas, porém de relativa importância, para empresas que prestavam aquele tipo de serviço, com sua efetiva contratação.¹²³

No Brasil, a terceirização veio para o setor privado no início de 1950 e permaneceu até 1980 como uma prática para descentralizar serviços, bem como uma forma de desvincular as empresas das obrigações que o vínculo empregatício gera. No decorrer do tempo, de uma contratação direta, as empresas passaram a efetuar a contratação por tempo determinado. Dessa forma, a propagação da prática fez com que editassem, em fevereiro de 1967, os Decretos-Lei de nº. 229, fazendo alteração na CLT, e o de nº. 200, disciplinando permissão para as empresas da

¹²² SANTOS, Diogo Palau Flores Dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19.

¹²³ GUIMARÃES, Paulo Mesquita. *Terceirização de Recursos Humanos na Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/terceirizacao-de-recursos-humanos-na-administracao-publica>>. Acesso em: 15 set. 2016.

Administração Pública contratarem serviços de empresas terceirizadas, visando a descentralização de atividades que não fossem consideradas atividades-fim.¹²⁴

Na década de 1980, o mercado sinalizou mudanças para as empresas. O tratamento direcionado ao cliente passou a ter como meta conhecer o seu perfil, para o direcionamento adequado de produtos e serviços e para sua satisfação.

As empresas que antes praticamente impunham seus produtos no mercado, agora se viam obrigadas a mudar: os clientes se tornavam o centro das atenções para as empresas. Tiveram que mudar de estratégia, com atenção voltada para dentro da empresa, visando encontrar uma saída para que voltasse a ser competitiva no mercado. Outras empresas mais dinâmicas viram esse zelo pelo cliente como nicho de oportunidades e conquistaram rapidamente uma parcela do mercado.¹²⁵

O primeiro esforço, como mudança de estratégia em relação às atividades, foi feito com a introdução da técnica de downsizing. Essa técnica consiste na avaliação e na redução de vários cargos, com o “enxugamento” de níveis hierárquicos, sem implicar necessariamente em corte de pessoal, o que possibilita, assim, tomada de decisão mais rápida e elimina os entraves que prejudicavam uma cadeia decisória.

Com essa prática, foi avaliado outro modelo de padrão a ser seguido pela empresa. Passaram a questionar sobre as atividades secundárias realizadas pela empresa e sua verdadeira missão. Decidiram, então, transferir para terceiros as atividades secundárias, para que a empresa pudesse focar e concentrar esforços na atividade principal, visando melhores resultados. Assim, a terceirização – *outsourcing*, em inglês – foi implementada e passou a ser utilizada nas empresas de forma constante e referenciada pela sua criação estratégica de realização.

Os resultados exitosos da terceirização dependerão muito de como esse sistema foi introduzido nas empresas, pois, com as estratégias adequadas, o sucesso empresarial tende a se confirmar.¹²⁶

Atualmente, a técnica da terceirização tem como dinâmica uma ação moderna, dependente de uma gestão empreendedora, que consiste em mudanças

¹²⁴ AVILA, Krishlene Braz. *A terceirização de serviços públicos e a responsabilidade do estado como tomador dos serviços*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12987> Acesso em: 17 set. 2016.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ TORREZAN, Renata Cristina. Disponível em: <<https://mmantovani.files.wordpress.com/2013/02/planejamento-empresarial-downsizing.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2016.

estruturais, culturais e de procedimentos. Em alguns casos, com mudança de foco no direcionamento dos investimentos, permite atingir melhores resultados e concentração de esforços na atividade principal da empresa. Tal aplicação deve ser analisada e avaliada, proporcionando, assim, que os dirigentes da empresa possam mensurar se a terceirização empregada corresponde às expectativas da empresa e com isso venha a permanecer como metodologia e prática constantes.¹²⁷

4.3. Vantagens e desvantagens

A prática da terceirização, mesmo sendo vista como vantajosa, prevê que a empresa, a título de decisão estratégica, deve avaliar se esse tipo de contratação trará o retorno esperado, bem como deverá avaliar criteriosamente se o fornecedor terá condições de atender as expectativas. Caso contrário, a contratação de um fornecedor inadequado poderá comprometer desde a produção até gerar risco financeiro para a empresa.¹²⁸

“A opção de se terceirizar é uma decisão estratégica, cujos aspectos de curto, médio e longo prazo devem ser considerados cuidadosamente. Aspectos que envolvam as circunstâncias e estruturas do mercado podem dificultar ou até impedir a decisão em terceirizar.”¹²⁹

A parceria criada entre a empresa contratante e a terceirizada deve ser envolvida por boa reputação das partes, visto que o aspecto do negócio precisa ser vantajoso para ambas, sem suscitar dúvida de que essa parceria será positiva e benéfica. O intuito é o de proporcionar, ainda, uma relação de confiança.

O contrato deve trazer de forma clara e inquestionável o detalhamento de todo o processo de contratação, de forma que não gere dúvida ou insatisfação acerca dos itens tratados, permitindo assim, plena concordância em sua aceitação.¹³⁰

A empresa, poderá contratar com um único fornecedor, onde terá que avaliar se não ficará dependente da atividade do mesmo, ainda que o contrato seja vantajoso para ambas as partes, com seus aspectos estruturais aceitáveis. Pode-se

¹²⁷ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

¹²⁸ Ibidem. p. 20.

¹²⁹ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. loc. cit.

¹³⁰ Ibidem. p. 21.

citar como exemplo o fato de o executante da atividade adoecer ou se ausentar por um período relevante, o que prejudica a sua rotina, sem condição de provê-la com substituição.

Outro fator é com relação ao fornecimento de produtos que venham a influenciar na atividade principal da empresa, que poderá refletir no seu desempenho financeiro, considerando que outras empresas também poderão contratar o mesmo fornecedor. Logo, essa empresa não conseguirá apresentar destaque no mercado, visto não ser possível impulsionar diferencial em seus produtos, por se tornar conhecido por seus demais concorrentes.¹³¹

“Muitas vezes, terceirizar pode significar a **redução da diferenciação**. Uma atividade integrada verticalmente aumenta barreiras à entrada na medida em que o conhecimento e a tecnologia desenvolvidos internamente não são compartilhados com fornecedores. Ao se terceirizar uma atividade de forma upstream, a empresa pode perder um pouco de sua habilidade de diferenciação, tendo em vista que os seus concorrentes poderão ter acesso às mesmas fontes de suprimentos, a menos que haja salvaguardas específicas para evitar tal tipo de conduta.”¹³²

A empresa que tem sua estrutura gerencial com organograma vertical, mesmo tendo todo um direcionamento decisório voltado para sua condução e desempenho internos, de alguma forma terá que compartilhar informações para que a terceirizada entenda a sua necessidade. Essa conduta permite conhecimentos de normas, métodos e procedimentos das atividades profissionais, e favorece que a empresa contratada se torne potencial concorrente, desempenhando atividades semelhantes. Mesmo existindo essa possibilidade, a empresa poderá decidir pela terceirização, caso considere a escolha positiva para a sua lucratividade.¹³³

Assim, identifica-se que com a terceirização existe ainda a redução assegurada dos desperdícios, bem como da atividade-meio, permitindo maior flexibilidade para a empresa no direcionamento de atividades internas, com desenvolvimento e treinamento do seu profissional, para a execução das atividades consideradas essenciais.

Com um mercado mais dinâmico, as empresas estão procurando cada vez mais se modernizar e agregar valor aos seus produtos. A terceirização possibilita

¹³¹ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

¹³² Sandro Cabral *apud* Diogo Palau Flores dos Santos, em *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*, p. 21.

¹³³ SANTOS, Diogo Palau Flores. op. cit. p. 22.

que se alavanquem várias possibilidades de estratégias e que as empresas transfiram não somente uma atividade da empresa, mas cria a oportunidade de transferir várias atividades para empresas especializadas. Podemos citar como exemplo as instituições financeiras, em especial os Bancos, que atualmente terceirizam várias atividades que, há algum tempo, eram executadas por seus funcionários: compensação, transporte de valores, correspondentes bancários, etc. Sem essas atividades, as instituições podem direcionar ações que visem impulsionar seus desenvolvimentos com maior prospecção nos negócios.¹³⁴

Nesse sentido, deverá ser avaliada com bastante critério, sob aspecto estratégico, se a terceirização realmente trará um diferencial de mercado para a empresa; se a estratégia é a mais correta a seguir. Analisar-se-á, ainda, qual atividade poderá ser transferida e qual atividade é o ponto forte, que deve ser trabalhada estrategicamente. No caso de atividade relacionada aos produtos essenciais da empresa, terá de ser vista com bastante cuidado, pois, caso a opção seja inadequada, poderá comprometer o resultado final do produto e com isso prejudicar os negócios da empresa.¹³⁵

Com relação ao quesito despesa com recursos humanos, a empresa com seu quadro funcional direto, terá colaboradores efetivos já definidos junto à gestão de pessoas, com um valor estipulado por ocasião de sua admissão para remuneração mensal. Em relação à empresa terceirizada, o valor pode oscilar caso o serviço não seja suprido.¹³⁶

Exemplificando o parágrafo anterior, cita-se o fato de o funcionário efetivo faltar por licença saúde e que por ocasião da apresentação do atestado médico, por um período de até quinze dias, sua ausência será abonada com direito de receber o salário integral no final do mês.

Na empresa terceirizada, caso o contratado se ausente pelo mesmo motivo e a empresa terceirizada não faça a sua substituição, a contratante terá o direito de solicitar fatura com a dedução dos dias que não foram supridos para a execução da atividade. A empresa pode ainda se utilizar da possibilidade de contratar fornecedor somente quando necessário, para ampliar possibilidades em momento de investimento, o que lhe permite optar, inclusive, pela seleção, caso necessário, de

¹³⁴ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23.

¹³⁵ Ibidem. p. 26-27.

¹³⁶ Ibidem. p. 49.

mais de um fornecedor para as atividades as quais ele não tem interesse de efetuar a contratação direta.

No cenário atual, as empresas estão inseridas em uma moderna dinâmica de mercado com os recursos escassos e as margens de lucro reduzidas, que já não permitem direcionar tantos investimentos em determinadas áreas da empresa. Com esse nível de percepção da terceirização, torna-se possível lançar novas estratégias de crescimento sem a alocação de investimentos fixos que descapitalizem ou prejudiquem a liquidez da empresa, direcionando, assim, mais adequadamente seus recursos em atividades essenciais.¹³⁷

“Como afirmam muitos autores, a empresa não pode ou não deve procurar ser excelente em tudo. Assim, é necessário identificar quais funções a empresa pode desempenhar com excelência (tais como: funções de projeto, de produção, de comercialização, de distribuição), para, então, centrar seu negócio nessas funções ou, em outras palavras, competir em campos relacionados a essas funções. Surge daí os conceitos de *Core Competence*, ou seja, as áreas de trabalho ou as funções em que a empresa é competente, e de *Core Business*, que é decorrência direta do primeiro. A expressão *Core Competence* foi traduzida por competências essenciais.”¹³⁸

A terceirização pode trazer, como vantagem para uma empresa, a redução de custo por ocasião da contratação, pois a concorrência acirrada entre as empresas terceirizadas faz com que o valor dos custos possa ser bem inferior ao da contratação direta. Em contrapartida a terceirização fomenta o surgimento de muitas empresas com a oferta de mão de obra, dessa forma é possível que a recessão e o desemprego não causem tanto impacto social no mercado de trabalho. Permite ainda a inserção de pessoas carentes, menos qualificadas no mercado de trabalho, para a execução de atividades, como limpeza e copeiragem, telefonista, etc.¹³⁹

A empresa terá que ter cautela na contratação do terceirizado, de forma que não venha a criar vínculo empregatício por ocasião de eventual subordinação direta à contratante, evitando assim, a caracterização da pessoalidade e casual ilicitude da terceirização. O terceirizado apresentará subordinação direta, habitualidade,

¹³⁷ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 22.

¹³⁸ LUZ, Sandra Regina da. *apud* Diogo Palau Flores dos Santos, In: *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. p 23.

¹³⁹ GUIMARÃES, Paulo Mesquita. *Terceirização de Recursos Humanos na Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/terceirizacao-de-recursos-humanos-na-administracao-publica>>. Acesso em: 21 set. 2016.

personalidade, onerosidade com a empresa contratada, isto é, os requisitos que caracterizam o vínculo empregatício.

Dessa forma, é o entendimento da jurisprudência do TRT (Tribunal Regional do Trabalho), 6ª Região, Terceira Turma:

“RECURSO DA RECLAMADA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXISTÊNCIA DE PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO DIRETA À TOMADORA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA.

Não pode a tomadora de serviços se valer do instituto da terceirização de mão de obra, para burlar a legislação trabalhista, ampliando ainda mais a desigualdade das categorias profissionais, com o único intuito de diminuir seus custos com contratação e remuneração de pessoal. Buscando coibir tal prática, o c. TST, por meio da Súmula 331, estabeleceu que a terceirização ilícita autoriza o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o beneficiário direto dos serviços do trabalhador. (Processo: RO - 0000445-16.2014.5.06.0008, Redator: Antonio Wanderley Martins. Data de julgamento: 30/01/2017, Terceira Turma, Data da assinatura: 07/02/2017).”¹⁴⁰

4.4 Empresas públicas e a terceirização

As empresas públicas, por suas personalidades jurídicas próprias, fazem parte da Administração indireta e são reguladas pelo Poder Executivo, o qual define as atribuições, a estruturação e o funcionamento, sendo, ao mesmo tempo, vinculadas ao Ministério em que a atividade principal estiver relacionada (Renumerado pela Lei nº 7.596, de 1987). Dessa forma, como seus recursos dependem da União, são controlados e exigem, assim, que sua aplicação seja bem direcionada e com critério.¹⁴¹

É permitido às empresas públicas utilizarem a terceirização como forma de desobrigá-las das atividades administrativas, a fim de que sejam transferidas para empresas contratadas, em consonância com o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, capítulo III da descentralização:

“Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º, c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Do Trabalho - 6 Região. Terceira Turma. Processo: RO - 0000445-16.2014.5.06.0008, Redator: Antonio Wanderley Martins, Data de julgamento: 30/01/2017, Brasília, DF, Data da assinatura: 07/02/2017. Disponível em: <<https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/427776857/recurso-ordinario-ro-4451620145060008>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

¹⁴¹ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”¹⁴²

Ter como propósito e direcionamento a eficiência é positivo em qualquer organização, porém a Administração Pública segue princípios definidos na Constituição, cujo disciplinamento fica claro no Capítulo VII:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”¹⁴³

[...]

Temos ainda a Súmula 231, do Tribunal de Contas da União, que reforça o entendimento das regras a serem seguidas pela Administração Indireta como um todo, incluindo também as empresas públicas e a Sociedade de economia mista:

“Súmula 231. A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.”¹⁴⁴

Mesmo com todas essas regras definidas, a terceirização é praticada atualmente pela Administração Pública com tanta frequência que chega algumas

¹⁴² BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/17523/a-administracao-publica-e-a-terceirizacao-da-atividade-fim> > Acesso em: 21 set. 2016.

¹⁴³ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Coleção Saraiva da legislação. 48.ed. 2013. p.40.

¹⁴⁴ _____. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 231. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17523/a-administracao-publica-e-a-terceirizacao-da-atividade-fim>> Acesso em: 21 set. 2016.

vezes a incorrer em inobservância desses princípios. Assim, o Tribunal de Contas tem entre suas atribuições verificar essas situações nas organizações, visto que, com a crescente contratação de terceirizados, algumas podem deixar de admitir em seus quadros candidatos que foram aprovados em concurso público.¹⁴⁵

O dispositivo é bem claro quando define que as atividades materiais podem ser direcionadas ao setor privado, por meio de execução indireta ou terceirização. Fica claro que será a atividade-meio, sendo excluída a atividade-fim desse direcionamento. Na súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, estão consubstanciadas as definições:

“II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.”¹⁴⁶

Ademais, verifica-se na jurisprudência do TRT (Tribunal Regional do Trabalho), 6ª Região, Primeira Turma, transcrito abaixo, a ratificação do que foi mencionado anteriormente:

“RECURSO ORDINÁRIO DO BANCO RECLAMADO. TERCEIRIZAÇÃO. FRAUDE NÃO CONFIGURADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELACIONADOS À ATIVIDADE-MEIO DO EMPREENDIMENTO. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA SEM COMPROVAÇÃO DE CULPA.
A terceirização levada a efeito pelas demandadas se afigura lícita, pois, além de tudo e principalmente, salta aos olhos que a atividade contratada e executada pelo querelante não se insere nas atividades principais e permanentes do litisconsorte. E desse modo nenhuma nulidade a ser declarada relativamente ao contrato de trabalho firmado entre o reclamante e segunda reclamada, bem como e nessa linha, restam improcedentes os títulos postulados com base em convenção coletiva da categoria dos bancários. Recurso ordinário patronal provido. (Processo: RO - 0000149-12.2014.5.06.0002, Redator: Maria do Socorro Silva Emerenciano, Data de julgamento: 02/02/2017, Primeira Turma, Data da assinatura: 14/02/2017).”¹⁴⁷

¹⁴⁵ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/terceirizacao-na-administracao-publica-e-o-criterio-da-atividade-fim-e-atividade-meio>> Acesso em: 22 set. 2016.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 6ª Região. Primeira Turma. Processo: RO 00001491220145060002. Redator: Maria do Socorro Silva Emerenciano, Data de julgamento: 02/02/2017, Data da assinatura: 14/02/2017. Disponível em: <<https://trt->

Fazendo referência às empresas públicas, elas são direcionadas à contratação mediante licitação, em que existe primeiramente a publicação de edital, o envio de propostas das empresas interessadas em participar e o início do certame com a efetivação de pregão, para a seleção da empresa, dentre as diversas inscritas que tiver o menor custo benefício; observando-se, ainda, que não tenha certidões pendentes, nome negativado na praça, entre outras exigências.

Nesse tipo de seleção, como já referido antes, as empresas da Administração Pública ficam impedidas de selecionar as empresas a serem contratadas sem que exista obrigatoriamente concorrência pública, contudo, não têm como diminuir as incertezas sobre a contratação. Como a aplicação do Princípio da Individualidade deve prevalecer, dando oportunidade em igualdade para as empresas participantes, seguindo os disciplinamentos existentes, ficam as contratantes vulneráveis às contratações de empresas oportunistas.¹⁴⁸

A contratante pode se resguardar com a aplicação de cláusulas contratuais específicas para reduzir o nível de incerteza e o comportamento oportunista. Esse procedimento não é proibido para a Administração Pública, pelo contrário, é exigido pela Legislação que se estabeleça em contrato as garantias necessárias para proteger e assegurar a execução do serviço contratado, como a formação de conta vinculada para abrigar caução em dinheiro, cujo percentual é definido em contrato; o seguro-garantia, etc. A empresa contratada deverá, ainda, cumprir com todas as condições exigidas na licitação e os dispositivos especificados em contrato.¹⁴⁹

A Empresa Pública, por ocasião da Licitação e da formalização do contrato, costuma utilizar cláusulas já conhecidas como padrão para cada tipo de atividade a ser terceirizada, que englobam as diversas salvaguardas necessárias para uma boa contratação. Contudo, essa necessidade pode variar de acordo com o grau de incerteza identificado, o que faz com que o custo da contratação seja menor, pois esse custo será calculado em consonância com as exigências na transação. As cláusulas contratuais e as garantias legais costumam resguardar, com algumas

6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/430881725/recurso-ordinario-ro-1491220145060002>. Acesso em: 3 ago.2017.

¹⁴⁸ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 53-54.

exceções, a contratante dessas incertezas, minimizando, assim, a possibilidade de contratação de empresas oportunistas.¹⁵⁰

Mesmo com todo esse cuidado, acontece de se contratar terceirizada que ofereça a prestação do serviço por menor preço, atendendo aparentemente todos os requisitos exigidos, e posteriormente, ainda no decorrer do contrato, apresenta-se sem estrutura para mantê-lo por muito tempo. Ela não apresenta mínima liquidez para o cumprimento do contrato e fica extremamente dependente do pagamento da contratante para financiar suas despesas. Caso receba da contratante após a data na qual tem que pagar seus funcionários, tende a atrasar os salários e os outros direitos, e passa a sofrer sequenciais processos administrativos pela contratante.

Em algumas situações, a empresa decreta falência, sem que tenham sido efetuados os recolhimentos devidos de FGTS e INSS dos contratados, bem como o pagamento dos direitos por ocasião da rescisão contratual. Quando as garantias são suficientes para cobrir as dívidas da contratada, fica resolvido. Em alguns casos, acaba em demanda judicial, que arrasta a empresa contratante para a responsabilidade do pagamento da condenação, dada a sua responsabilidade como coobrigada. Assim, a fiscalização do contrato tem que ser contínua e ininterrupta para que a empresa contratante não venha a responder em juízo por descumprimento de contrato ocasionado pela empresa terceirizada.¹⁵¹

Dessa forma, fica demonstrado em jurisprudência do TST (Tribunal Superior do Trabalho), 8ª Turma:

“RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *CULPA IN VIGILANDO*.

O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com os artigos 186 e 927 do Código Civil, os quais preveem a culpa in vigilando. Ademais, os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público, tomador dos serviços, não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente à sua empregada as verbas trabalhistas que lhe eram devidas. Saliente-se que essa conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC nº 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93,

¹⁵⁰ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53.

¹⁵¹ Ibidem. p. 39-40.

mas da definição do alcance das normas inscritas nesta Lei, com base na interpretação sistemática. Recurso de revista não conhecido.”¹⁵²

Tal entendimento é ainda confirmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, realizada pelo Ministro Luiz Fux, no qual a Administração Pública será responsabilizada subsidiariamente caso não comprove a fiscalização sobre o contrato:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS GERADOS PELO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 246. RE 760.931. DEVOLUÇÃO DO FEITO À ORIGEM (ARTIGO 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF). DECISÃO: A matéria versada no recurso extraordinário foi submetida por esta Corte ao regime da repercussão geral (Tema 246, RE 760.931, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux). Ex positis, com fundamento no artigo 328, parágrafo único, do RISTF (na redação da Emenda Regimental 21/2007), determino a DEVOLUÇÃO do feito à origem. Publique-se. Brasília, 26 de junho de 2017. Ministro LUIZ FUX Relator Documento assinado digitalmente.”¹⁵³

É importante salientar que, independentemente de se contratar uma empresa terceirizada, para realizar uma atividade-meio ou fim, se for identificado que o contratado disponibilizado para a realização do serviço estiver realmente no exercício das atividades de forma pessoal, que seja comprovada habitualidade e subordinação direta ao gerenciamento e às normas da empresa contratante, certamente a atividade da terceirização poderá ser reconhecida como fraudulenta e o contratado poderá ser considerado funcionário da empresa tomadora de serviço.

Ressalta-se, ainda, que, mesmo a contratação se dando de forma legal, a empresa contratante responderá subsidiariamente pelo inadimplemento da empresa contratada na realização das obrigações trabalhistas para com o alocado. Essa responsabilidade somente será transferida para a empresa contratante quando ficar demonstrada a falta de cumprimento de determinadas obrigações pela empresa contratada, a *culpa in vigilando* (falta de fiscalização do cumprimento das obrigações

¹⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - 8ª Turma. Processo: RR 102335420165030174. Relator: Dora Maria da Costa. Publicação: DEJT 12/05/2017. Julgamento: 10 de Maio de 2017. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457780458/recurso-de-revista-rr-102335420165030174#!>>. Acesso em: 6 ago. 2017.

¹⁵³ _____. Supremo Tribunal Federal. Processo: ARE 1050754 RN – Rio Grande do Norte. Publicação: DJe-142 29/06/2017. Julgamento: 26 de Junho de 2017. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473605698/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1050754-rn-rio-grande-do-norte>>. Acesso em: 6 ago. 2017.

trabalhistas) e/ou a *culpa in eligendo* (má escolha da prestadora de serviços) da entidade.¹⁵⁴

As colocações acima estão presentes nos incisos IV, V e VI da Súmula 331, do TST, demonstradas a seguir:

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”¹⁵⁵

Para a empresa contratante, o fato de não ter vínculo empregatício na transferência de atividades via terceirização é positivo para que a empresa selecione, ainda, uma pessoa mais apta para a função contratada. Caso o contratado não desempenhe a atividade adequadamente, ou seja, observada a falta de comprometimento com as atividades executadas, dentre outros comportamentos insatisfatórios, a empresa contratante poderá solicitar sua substituição à terceirizada sem mais satisfações e procedimentos adicionais ao contrato. Esse tipo de contratação evita, também, a questão de greve e de outras reivindicações comumente aplicadas por ocasião de acordo coletivo, na data-base da categoria.

Mesmo que o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, preveja a terceirização como prática a ser incentivada no âmbito Federal e o Decreto nº. 2.271, de 7 de julho de 1997, apresente regras sobre como deve ser a contratação de serviços pela Administração Pública Federal, com regulamentação especificada, ainda assim essas regras continuamente são infringidas. De acordo com o Decreto nº. 2.271, de 7 de julho de 1997:

¹⁵⁴ GONÇALVES, Nilton Oliveira. *Terceirização de mão-de-obra*. São Paulo: Editora LTDA, 2005, p. 19.

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/terceirizacao-na-administracao-publica-e-o-criterio-da-atividade-fim-e-atividade-meio>> Acesso em: 10 maio 2017.

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”¹⁵⁶

A empresa deve ficar atenta ao direcionamento das atividades para que sejam feitas em consonância com o contrato firmado, visando evitar mais transtornos. Um contrato bem conduzido, em que a decisão de terceirizar tenha em foco efetivamente quais serviços deverão ser descentralizados, e com a execução apenas desses serviços, cria um nível de confiança entre as empresas. Esse vínculo de confiança é salutar tanto para a empresa contratante, quanto para a contratada, pois, nos casos em que o contrato tenha prazo de prestação de serviço, essa afinidade motivará as empresas à manutenção do contrato.¹⁵⁷

Será de responsabilidade da empresa contratada a prestação de um serviço de qualidade e especializado, em que ela deverá prestar assessoria e ser direcionada à gestão de risco, para que, em caso de crise, possa agir de forma flexível e com a agilidade necessária para a adaptação imediata à situação apresentada. Dessa forma, preserva seu desempenho junto à empresa contratante, com a inserção de técnicas de prevenção, articulação e estratégias de forma que sua atuação fique equilibrada no centro de desenvolvimento operacional.¹⁵⁸

No momento em que essa parceria se mantém em sintonia, dentro do esperado, em que a contratada executa suas atividades com habilidade e os conhecimentos necessários, o grau de satisfação pode até apresentar certa comodidade para a empresa contratante, porém essa comodidade não deverá permitir descuido em algumas atribuições indispensáveis perante essa transferência

¹⁵⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.271 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17523/a-administracao-publica-e-a-terceirizacao-da-atividade-fim>> Acesso em: 21 set. 2016.

¹⁵⁷ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

¹⁵⁸ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Terceirização na Administração Pública e o critério da atividade fim e atividade meio*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/terceirizacao-na-administracao-publica-e-o-criterio-da-atividade-fim-e-atividade-meio>>. Acesso em: 21 set. 2016.

de execução. A Administração Pública não será desobrigada da responsabilidade de monitorar e fiscalizar o agente contratado. A empresa, além de manter o acompanhamento e o apoio nos quesitos que se fizerem necessários, deverá fiscalizar e avaliar continuamente os resultados apresentados.¹⁵⁹

Quando a Administração recorre à prática da terceirização, é com o intuito de selecionar, mediante concurso, uma empresa que apresente especialização na atividade administrativa em que a Administração não domina e não pretenda empreender esforços para se especializar. Com isso, no momento em que a decisão gerencial é de renunciar a uma atividade inerente ao poder público, possibilitará, em tese, que seja feita em condições mais sofisticadas, com padrões mais modernos e tecnologias mais avançadas.¹⁶⁰

Ainda que a empresa contratante não venha a admitir a delegação de poderes para a empresa contratada, esta terá conhecimentos de estratégias, ordenamento, podendo influenciar em alguns momentos nas decisões da empresa. O próprio engajamento, a percepção de detalhes, o controle da atividade e o gerenciamento das informações constantes em contrato já revelam essa delegação de poder.¹⁶¹

Mesmo considerando as várias vantagens aparentes da terceirização, ela deve ser praticada com certa cautela, diante de um mercado dinâmico, como o apresentado na atualidade, em que se deve exibir postura estratégica moderna, que valorize a livre iniciativa, porém com segurança nas ações. Vê-se que a crescente prática da terceirização pode gerar, para as empresas, a falta de controle sobre algumas atividades delegadas.

O desconhecimento da mão de obra contratada e a contratação involuntária de pessoas sem qualificação profissional trazem perdas financeiras para a empresa, dentre outros possíveis problemas. Logo, é essencial que na prática da terceirização se resguarde qualidade e melhoria contínua, como preponderantes para a satisfação do cliente. Assim, mesmo diante de inúmeras ofertas, o custo não é o fator decisivo,

¹⁵⁹ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36.

¹⁶⁰ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Terceirização na Administração Pública e o critério da atividade fim e atividade meio*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/terceirizacao-na-administracao-publica-e-o-criterio-da-atividade-fim-e-atividade-meio>>. Acesso em: 21 set. 2016.

¹⁶¹ Ibidem.

visto que um baixo custo sem qualidade não será aceito pela empresa que preza pelo seu crescimento organizacional.¹⁶²

4.5 Projeto de lei da terceirização para todas as atividades

Como visto anteriormente, a terceirização ocorre apenas para atividade-meio, isto é, para a realização de atividades que não são consideradas essenciais.

Em 1998, foi criado o Projeto de Lei nº 4.302¹⁶³ com o objetivo de alterar algumas características principais da terceirização; como permitir que a terceirização seja realizada para toda e qualquer atividade, e não apenas para atividade-meio. Após aproximadamente 11 anos de debate a respeito dessas possíveis alterações, no dia 22 de março de 2017, houve a aprovação desse projeto de lei pelo Plenário da Câmara dos Deputados, permitindo a terceirização inclusive para atividade-fim.¹⁶⁴

Importante mencionar que após diversos debates e apreciações sobre o referido Projeto de Lei; em 31 de março de 2017 o mesmo foi transformado na Lei Ordinária nº 13.429, que trata a respeito do trabalho temporário nas empresas urbanas e, inclusive sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviço a terceiros.¹⁶⁵

O terceirizado continuará sendo funcionário da empresa terceirizada que o empregou e ela continuará responsável pelo pagamento do seu salário. Diante disso, não haverá vínculo empregatício entre a empresa contratante e o funcionário da empresa contratada. Manter-se-á o vínculo empregatício somente entre o funcionário e a empresa contratada.¹⁶⁶

Conforme mencionado anteriormente, quem tem o dever de realizar o pagamento do funcionário que presta serviço para a empresa contratante será a empresa contratada. Contudo, se a empresa terceirizada não realizar regularmente o pagamento do salário do funcionário, ela poderá ser condenada pela justiça do

¹⁶² GUIMARÃES, Paulo Mesquita. Terceirização de Recursos Humanos na Administração Pública. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/terceirizacao-de-recursos-humanos-na-administracao-publica>>. Acesso em: 22 set. 2016.

¹⁶³ O inteiro teor do Projeto de Lei nº 4.302 de 22 de março de 2017 está no anexo dessa monografia, p. 57.

¹⁶⁴ BRASIL. Entenda o projeto de lei da terceirização para todas as atividades. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-para-todas-as-atividades.ghtml>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁶⁵ BRASIL. Projeto de Lei 4302 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20794>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹⁶⁶ Ibidem.

trabalho a efetuar o pagamento. Se após a condenação não tiver dinheiro nem possuir bens para satisfazer sua obrigação, o dever de pagar passará a ser da empresa que contratou os serviços do funcionário da terceirizada. Isto é, a responsabilidade em razão da falta de pagamento será subsidiária; cobrará primeiro da empresa terceirizada, se esta não tiver condições de realizar o pagamento e não tiver bens disponíveis, passará a cobrar da empresa contratante.¹⁶⁷

Com relação às obrigações previdenciárias, permanece o que havia sido estipulado pela Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social), que determina que a empresa contratante realizará o recolhimento de 11% do salário dos funcionários que prestam serviços a título de contribuição previdenciária patronal, ou seja, sobre a folha de salários e todos os rendimentos obtidos com a mão de obra pagas ou creditadas. Após efetuar o recolhimento, a contratante fará a dedução posterior por ocasião do pagamento à empresa contratada.¹⁶⁸

Quanto às condições e às garantias de trabalho, anteriormente havia uma cláusula que estabelecia que a empresa contratante tinha o dever de fiscalizar a empresa contratada em relação ao regular cumprimento de suas obrigações previdenciárias e trabalhistas para com o funcionário contratado e uma multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em caso de descumprimento, ao funcionário que foi prejudicado. Com esse Projeto de Lei, a mencionada cláusula foi retirada.¹⁶⁹

Ademais, o Projeto de Lei nº 4.302, de 24 de março de 1998, prevê a faculdade da empresa contratante em conceder aos terceirizados as mesmas garantias destinadas aos seus empregados, como o atendimento médico e ambulatorial e o acesso ao refeitório. No entanto, a obrigação da contratante de oferecer condições de higiene e segurança tanto para seus empregados, quanto para os funcionários terceirizados foi mantida.¹⁷⁰

Além de todas essas alterações mencionadas acima, deve-se ressaltar também que tal projeto prevê o alargamento do prazo de três meses para 6 meses

¹⁶⁷ _____. Câmara aprova terceirização para todas as atividades da empresa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/526747-CAMARA-APROVA-TERCEIRIZACAO-PARA-TODAS-AS-ATIVIDADES-DA-EMPRESA.html>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁶⁸ _____. Entenda o projeto de lei aprovado pela Câmara. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-03/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-aprovado-pela-camara>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁶⁹ BRASIL. op. cit.

¹⁷⁰ Idibem.

no caso de contratação temporária. Esse prazo ainda pode ser prorrogado por mais noventa dias, conforme estipulado em acordo ou convenção coletiva de trabalho.¹⁷¹

A proposta da terceirização da atividade-fim é criticada por alguns por ser o começo para a precarização da atividade que hoje já se apresenta enfraquecida, visto que a transferência de atividades para outra empresa acarreta a redução de direitos e de salários para o trabalhador, o que contribui para o aumento do risco de acidentes de trabalho e de problemas de saúde de forma geral.¹⁷² Para outros, favoráveis à proposta, acreditam que a terceirização da atividade-fim trará mais segurança jurídica e criará mais oportunidades de empregos.¹⁷³

¹⁷¹ BRASIL. op. cit.

¹⁷² BRASIL. Entenda o projeto de lei da terceirização para todas as atividades. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-para-todas-as-atividades.ghtml>>. Acesso em: 11 jul.2017.

¹⁷³ Ibidem.

CONCLUSÃO

Com base no presente trabalho, observa-se que a terceirização é uma atividade bastante utilizada pelas empresas públicas e privadas, na qual se distingue da relação tradicional de emprego, isto é, o vínculo direto existente entre trabalhador e empregador. Na contratação de serviços terceirizados, essa relação envolve a empresa tomadora de serviço, a empresa prestadora de serviço e o empregado da prestadora de serviço. O empregado será responsável por realizar atividades para a tomadora de serviço, a qual deverá realizar a fiscalização do contrato e evitar qualquer direcionamento da atividade que possa gerar vínculo empregatício com o terceirizado.

Percebe-se que a terceirização traz vantagens e desvantagens que podem afetar a todos aqueles envolvidos nessa relação. Por isso, ainda há bastante divergência quanto a esse tema. Aqueles que são favoráveis à terceirização, argumentam que ela é vantajosa para as empresas e em contrapartida cria maior oportunidade de inserção do trabalhador no mercado de trabalho, evitando o crescente desemprego. Já os que se opõem a essa relação, argumentam que o crescimento desse tipo de contratação pode trazer grandes prejuízos à saúde e à segurança dos terceirizados.

Mesmo existindo o disciplinamento para a terceirização, no âmbito da Administração Pública, que visa transferir as atividades-meio não executadas pelos colaboradores, como vigilância, motorista, limpeza, copeira, etc., para descentralizar algumas atividades administrativas e economizar os recursos cada vez mais escassos, observa-se que, mesmo com o acompanhamento pelos órgãos fiscalizadores, poderá acontecer o direcionamento de terceirizados para a execução de serviços complexos. Em alguns casos, esse fato ocorre sem a supervisão necessária, com nível de responsabilidade e atribuição semelhantes aos dos colaboradores efetivos, porém com menor remuneração, ou seja, caracteriza uma subcategoria profissional em que será permitido o desvio de função, que não fique clara a atividade a ser executada pelo contratado. Esse tipo de ocorrência pode gerar demanda trabalhista com a finalidade de reivindicar vínculo empregatício.

Assim, observa-se que as oportunidades apresentadas aos colaboradores efetivos, como treinamentos internos e externos, adições temporárias, promoções, designação a funções gratificadas, etc., são benefícios de valorização profissional

que não podem ser direcionados ao terceirizados, pois eles não fazem parte do corpo funcional da empresa. Caso o contratado faça a execução da atividade na empresa contratante, ocorrerá certo desestímulo, uma vez que o terceirizado não terá o reconhecimento de sua dedicação e desempenho profissional como gostaria. Isso se dá em razão da empresa terceirizada, em alguns casos, utilizar o seu contratado para atender a empresa, sem uma supervisão próxima, deixando o colaborador totalmente à vontade pela condução da contratante, ou seja, nesses casos dificilmente ocorrerá essa valorização, pois a empresa não terá como visualizar o desempenho e o comprometimento do funcionário.

Ainda que isso esteja dentro dos objetivos da terceirização, deve-se observar que muitas vezes os terceirizados executam essas atividades sem um treinamento adequado, sem a qualificação ou a capacitação necessária. Além disso, grande parte desses terceirizados não tem o mesmo acesso aos equipamentos e aos programas de segurança que os funcionários da própria empresa contratante: senhas, acesso à arquivos restritos da empresa, *backups*, etc.

O empregado terceirizado sofre com a desvalorização frente às relações trabalhistas, tendo em vista a inviabilização de maior inserção no ambiente de trabalho. Perde, inclusive, o acesso à carreira e ao salário da categoria e não recebe o mesmo nível salarial. Tal situação se agrava quando os trabalhadores exercem as atividades ao lado de empregados do quadro efetivo das empresas públicas.

Nessa constante busca das empresas pela lucratividade, deve-se considerar também todos os aspectos negativos que fazem parte da conquista dos direitos sociais, visto que a terceirização, ainda que detentora de várias vantagens, pode ser motivo para permitir que o cidadão, mesmo tendo oportunidade no mercado de trabalho, passe a ter sua dignidade precarizada, sem a efetiva valorização, o que o leva a perder todo o direcionamento e o sentido do progresso social constante na Constituição.

Como motivar, então, o contratado terceirizado? Como tentativa de equilíbrio, faz-se necessário que as empresas terceirizadas passem a acompanhar e a avaliar com mais frequência o desempenho de seus colaboradores junto à empresa contratante, a fim de permitir maior valorização profissional desse trabalhador.

Cita-se, inclusive, a possibilidade de o terceirizado participar de treinamentos ofertados pela empregadora, com intuito de adquirir maior qualificação profissional, bem como participação nos lucros e resultados da empresa com a qual mantém

vínculo empregatício, visto que ele também contribuiu de forma direta para o cumprimento de metas e a obtenção de resultados da empresa.

Assim, pode-se concluir que a terceirização é uma atividade que deverá ser discutida e avaliada constantemente, visando melhorias contínuas, a fim de minimizar os pontos hoje criticados tanto pelos Sindicatos, quanto pela sociedade.

Para as empresas públicas e privadas, será sempre vantajoso se utilizar da atividade da terceirização, tendo em vista que a contratação de funcionário efetivo é mais dispendiosa do que a de um terceirizado; ainda que se tenha de seguir todas as regras pertinentes ao processo de contratação e de fiscalização que a atividade exige.

ANEXO

PROJETO DE LEI Nº 4.302, DE 1998¹⁷⁴ (DO PODER EXECUTIVO)

Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na tomadora de seus serviços, e na empresa de prestação de serviços a terceiros e na contratante de seus serviços regem-se pelo disposto nesta Lei.

Capítulo I

DA EMPRESA DE TRABALHO TEMPORÁRIO

Art. 2º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa jurídica, de natureza comercial, cuja atividade consiste em colocar, temporariamente, trabalhadores por ela remunerados e assistidos à disposição de outra empresa, urbana ou rural.

Art. 3º Compreende-se como empresa tomadora de serviço ou cliente a pessoa física ou jurídica, urbana ou rural, que celebrar contrato com empresa de trabalho temporário, objetivando atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente, não decorrente de greve, a demanda extraordinária de serviços ou a necessidade decorrente de variações estacionais da atividade agrária.

Parágrafo único. Considera-se extraordinária a demanda de serviços oriunda de fatores imprevisíveis ou aquela derivada de fatores cuja ocorrência, embora previsível, seja intermitente ou periódica em escala anual.

Art. 4º Compreende-se como trabalhador temporário a pessoa física contratada por empresa de trabalho temporário para prestação de serviços em outra

¹⁷⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.302 de 22 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/1998/msg344-980319.htm>. Acesso em: 06 out. de 2017.

empresa, destinada a atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente, a demanda extraordinária de serviços ou a necessidade decorrente de variações estacionais da atividade agrária.

Art. 5º São requisitos para o funcionamento das empresas de trabalho temporário:

I – prova de constituição da firma com o competente registro na Junta Comercial da unidade da federação em que tenha sede;

II – prova de possuir capital social igual ou superior ao valor equivalente a 50.000 (cinquenta mil) Unidades Fiscais de Referência – UFIR;

III – prova de entrega da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, bem como apresentação do Certificado de Regularidade junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;

IV – prova de recolhimento da contribuição sindical;

V – prova de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Art. 6º O contrato firmado entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente será obrigatoriamente escrito, e ficará à disposição da autoridade fiscalizadora na sede da empresa tomadora de serviço ou cliente, dele constando, expressamente, o motivo justificador da demanda de trabalho temporário e as modalidades de remuneração da prestação de serviço.

§ 1º Durante a vigência do contrato de trabalho, a empresa de trabalho temporário transfere o poder diretivo sobre os seus trabalhadores à empresa tomadora de serviço ou cliente.

§ 2º O trabalhador temporário pode atuar tanto na atividade-meio quanto na atividade-fim da tomadora de serviço ou cliente.

Art. 7º O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviço ou cliente, com relação a um mesmo empregado, somente poderá exceder de seis meses, prorrogáveis por mais três meses, quando atendido um dos seguintes pressupostos:

I – prestação de serviços destinada a atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente, não decorrente de greve, que exceder de seis meses;

II – manutenção das circunstâncias que geraram acréscimo extraordinário dos serviços e ensejaram a contratação de trabalho temporário.

Parágrafo único. A prorrogação somente será permitida quando não implicar na diminuição dos postos de trabalho do quadro permanente de empregados da tomadora de serviço ou cliente, considerando-se como base a média do número de empregados permanentes nos últimos doze meses anteriores à prorrogação.

Art. 8º O contrato de trabalho celebrado entre a empresa de trabalho temporário e cada um dos trabalhadores colocados à disposição da tomadora de serviço ou cliente será obrigatoriamente escrito, dele constarão expressamente os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei, e ficará à disposição da autoridade fiscalizadora na sede da empresa de trabalho temporário, juntamente com a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS.

§ 1º O registro do trabalhador temporário limitar-se-á à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS de sua condição de temporário e o período correspondente ao início e término do contrato.

§ 2º A empresa de trabalho temporário é obrigada a elaborar folha de pagamento especial para os trabalhadores temporários.

§ 3º É nula, não produzindo qualquer efeito, a cláusula de reserva que proíba a contratação do trabalhador pela empresa tomadora de serviço ou cliente ao fim do prazo em que ele tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário.

Art. 9º São assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

I – remuneração equivalente à percebida pelos empregados de igual categoria da tomadora de serviço ou cliente, calculada com base na carga horária, garantida em qualquer hipótese a percepção do salário mínimo;

II – jornada de oito horas, salvo disposição legal em contrário, remuneradas as horas extraordinárias, não excedentes de duas, com acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento);

III – pagamento de férias proporcionais, no caso de dispensa sem justa causa ou término do prazo pré-fixado no contrato de trabalho, calculado na base de 1/12 (um doze avos) do último salário percebido, por mês trabalhado, considerando-se como mês completo a fração igual ou superior a 15 (quinze) dias, acrescido de 1/3 (um terço) previsto no artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal;

IV – décimo terceiro salário;

V – repouso semanal remunerado;

VI – adicional por trabalho noturno, insalubre ou perigoso;

VII – recolhimento para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;

VIII – seguro contra acidente de trabalho;

IX – proteção previdenciária nos termos da Lei Orgânica da Previdência Social.

Parágrafo único. A tomadora de serviço ou cliente é obrigada a comunicar, nos termos da legislação em vigor, à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um trabalhador posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho para os trabalhadores temporários tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho quanto a sede da empresa de trabalho temporário.

Art. 10. Constituem justa causa para rescisão do contrato do trabalhador temporário os atos e circunstâncias enumerados nos artigos 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que ocorram entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário ou entre ele e a tomadora de serviço ou cliente onde estiver prestando o serviço.

Art. 11. A empresa de trabalho temporário é obrigada a fornecer, mensalmente, à tomadora de serviço ou cliente comprovação do pagamento dos salários e da regularidade de sua situação com a Previdência Social e o FGTS, bem como cópias das respectivas guias de recolhimento.

Art. 12. A tomadora de serviço ou cliente responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias garantidas por esta Lei, no tocante ao período em que o trabalhador estiver sob seu poder diretivo.

Art. 13. O Ministério do Trabalho fiscalizará o cumprimento das disposições desta Lei, especialmente no tocante à manutenção, no âmbito da empresa tomadora de serviço ou cliente, das condições previstas no seu art. 4º e no parágrafo único do seu art. 7º.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no art. 4º desta Lei enseja o encaminhamento de relatório circunstanciado pela autoridade fiscalizadora ao Ministério Público do Trabalho, conforme previsto na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

Art. 14. É vedado à empresa de trabalho temporário cobrar do trabalhador qualquer importância a título de intermediação de mão-de-obra, podendo apenas efetuar os descontos previstos em lei ou em convenção ou acordo coletivo.

Art. 15. As alterações, durante a respectiva vigência, do contrato firmado entre a empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviço ou cliente, que tenham por objeto a redução ou o aumento do número de trabalhadores colocados à sua disposição, serão formalizadas mediante termo aditivo, observado o disposto no artigo 6º desta Lei.

Art. 16. É vedado à empresa de trabalho temporário ter ou utilizar em seus serviços trabalhador temporário, salvo nas hipóteses previstas no artigo 3º desta Lei ou quando a respectiva utilização decorrer de contrato por ela firmado com outra empresa de trabalho temporário.

Art. 17. As infrações ao disposto nesta Lei serão penalizadas com multa de 170 Unidades Fiscais de Referência – UFIR, por trabalhador prejudicado, dobrada no caso de reincidência.

Art. 18. Compete à Justiça do Trabalho dirimir os litígios ocorrentes entre as empresas de trabalho temporário e seus trabalhadores.

Capítulo II

DA EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS

Art. 19. Considera-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, legalmente constituída, que se destina a prestar determinado e específico serviço para outra empresa, fora do âmbito das atividades-fim e normais da tomadora dos serviços.

§ 1º As relações de trabalho entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e seus empregados são regidas pela CLT.

§ 2º A empresa de prestação de serviços a terceiros contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus empregados.

§ 3º Os empregados das empresas de prestação de serviços a terceiros não se subordinam ao poder diretivo, técnico e disciplinar da empresa contratante.

Art. 20. Considera-se contratante, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica que celebrar contrato com empresa de prestação de serviços a terceiros com a finalidade de contratar serviços.

§ 1º Para a celebração de contrato entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e a contratante, as atividades desenvolvidas por ambas, bem como suas finalidades, serão necessariamente distintas.

§ 2º Dependendo da natureza dos serviços contratados, a sua prestação poderá desenvolver-se nas instalações físicas da contratante ou em outro local por ela determinado, garantido-se aos empregados as condições de segurança e saúde no ambiente de trabalho previstas pela legislação trabalhista e pelos atos normativos expedidos pela autoridade competente.

§ 3º É vedado à contratante manter trabalhador em atividade diversa daquela para a qual ele foi contratado pela empresa de prestação de serviços a terceiros.

Art. 21. A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias garantidas por esta Lei, no tocante ao período em que ocorrer a prestação dos serviços.

§ 1º Quando pertencentes ao mesmo grupo econômico, a empresa contratante é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias relativas ao período de duração do contrato, por ela firmado com a empresa de prestação de serviços a terceiros.

§ 2º A empresa de prestação de serviços a terceiros é obrigada a fornecer, mensalmente, à contratante comprovação do pagamento dos salários e da regularidade de sua situação com a Previdência Social e o FGTS, bem como cópia das respectivas guias de recolhimento.

Art. 22. Presentes os elementos constitutivos da relação do emprego previstos na CLT, configurar-se-á o vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores colocados à sua disposição pela empresa de prestação de serviços a terceiros, o mesmo ocorrendo quando o trabalho por eles prestado caracterizar desvio de função.

Capítulo III

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 23. A empresa de trabalho temporário e a de prestação de serviços a terceiros poderão adotar como objeto social, simultaneamente, o fornecimento de trabalho temporário e a prestação de serviços a terceiros.

Parágrafo único. Caso opte pelo objeto social referido no *caput* deste artigo, a empresa de trabalho temporário e a de prestação de serviços a terceiros elaborarão a folha de pagamento especial prevista no § 2º do art. 8º desta Lei.

Art. 24. As empresas de trabalho temporário e as de prestação de serviços a terceiros em funcionamento na data da vigência desta Lei terão o prazo de noventa dias, a contar de sua publicação, para se adequar às exigências nela contidas.

Art. 25. O disposto nesta Lei não se aplica às empresas de vigilância e de transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela CLT.

Art. 26. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 27. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Da terceirização no Brasil e a responsabilidade da administração pública. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17710&revista_caderno=4>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Terceirização a luz do entendimento do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://professoraantonietta.com.br/destaques/artigos-sobre-licitacoes/terceirizacao-a-luz-do-entendimento-do-tribunal-de-contas-da-uniao-tcu/>>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Terceirização pode implicar em riscos para trabalhadores, contratada e contratante. Disponível em: <http://www.protecao.com.br/noticias/leia_na_edicao_do_mes/terceirizacao_pode_implicar_em_riscos_para_trabalhadores,_contratada_e_contratante/AAjyJjy4/6503>. Acesso em: 13 set. 2016.

_____. Retenção do pagamento em contrato administrativo de prestação de serviços. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10820>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Terceirização de recursos humanos na administração pública. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/terceirizacao-de-recursos-humanos-na-administracao-publica>>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. A terceirização de serviços públicos e a responsabilidade do estado como tomador dos serviços. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12987>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Downsizing. Disponível em: <<https://mmantovani.files.wordpress.com/2013/02/planejamento-empresarial-downsizing.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. A administração pública e a terceirização da atividade-fim. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17523/a-administracao-publica-e-a-terceirizacao-da-atividade-fim>>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. Terceirização na administração pública e o critério da atividade e atividade fim. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/terceirizacao-na-administracao-publica-e-o-criterio-da-atividade-fim-e-atividade-meio>>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. Lei nº 7596, de 10 de abril de 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7596.htm>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. Entenda o projeto de lei da terceirização para todas as atividades. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-para-todas-as-atividades.ghtml>>. Acesso em: 11 de jul. de 2017.

_____. Câmara aprova terceirização para todas as atividades da empresa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/526747-CAMARA-APROVA-TERCEIRIZACAO-PARA-TODAS-AS-ATIVIDADES-DA-EMPRESA.html>>. Acesso em: 11 de jul. de 2017.

_____. Projeto de Lei 4302/98. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24MAR1998.pdf#page=30>>. Acesso em: 11 de jul. de 2017.

_____. Entenda o projeto de lei aprovado pela Câmara. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-03/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-aprovado-pela-camara>>. Acesso em: 11 de jul. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal decide que governo não é responsável por dívida trabalhista de terceirizada. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-30/governo-nao-responsavel-divida-terceirizada-fixar-stf>> Acesso em: 13 de jul. de 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 6 Região - Recurso Ordinário: RO 00004451620145060008, Terceira Turma, Redator: Antonio Wanderley Martins. Julgamento: 30 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/427776857/recurso-ordinario-ro-4451620145060008>>. Acesso em: 03 de ago. de 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 6 Região- Recurso Ordinário: RO 00001491220145060002, Primeira Turma, Redator: Maria do Socorro Silva Emerenciano. Julgamento: 2 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/430881725/recurso-ordinario-ro-1491220145060002>>. Acesso em: 03 de ago. de 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 1 Região - Recurso Ordinário: RO 00105223620135010048, Primeira Turma. Redator: Desembargador Mário Sérgio M. Pinheiro. Julgamento: 12 de Dezembro de 2016. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/421817707/recurso-ordinario-ro-105223620135010048>>. Acesso em: 04 de ago. de 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho - 8ª Turma – Recurso de Revista: RR 102335420165030174. Relator: Dora Maria da Costa. Julgamento: 10 de Maio de 2017. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457780458/recurso-de-revista-rr-102335420165030174#!>>. Acesso em: 04 de ago. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 1050754 RN - Rio Grande do Norte. Recte.(s): Estado do Rio Grande do Norte, Recdo. (A/S): Mony Ferreira da Silva, Recdo. (A/S): A & G LOCACAO DE MAO DE OBRA LTDA. Publicação: DJe-142 29/06/2017, Julgamento: 26 de ago. de 2017, Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473605698/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1050754-rn-rio-grande-do-norte>>. Acesso em: 06 de ago. de 2017.

_____. Projeto de Lei nº 4.302 de 22 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20794>>. Acesso em: 06 de out. de 2017.

_____. Projeto de Lei nº 4.302 de 22 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/1998/msg344-980319.htm>. Acesso em: 06 de out. de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. *Terceirização de mão-de-obra*. São Paulo: Editora LTDA, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: Atlas, 2001.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.